

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA SANCTION
DES
RÈGLES CONSTITUTIVES
DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE ET EN ANGLETERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 10 Décembre 1908, à 1 heure 1/2

PAR

MAURICE GAUDET

Président : M. E. THALLER.

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN
 DESCHAMPS } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

De la Sanction
des
Règles Constitutives
des
Sociétés Anonymes
en France et en Angleterre

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA SANCTION
DES
RÈGLES CONSTITUTIVES
DES SOCIÉTÉS ANONYMES

EN FRANCE ET EN ANGLETERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Jeudi 10 Décembre 1908, à 1 heure et demie.

PAR

MAURICE GAUDET

Président : M. E. THALLER.

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN } professeurs.
DESCHAMPS }

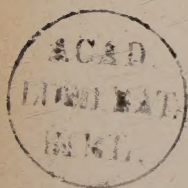
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908



INTRODUCTION

Divers intérêts à concilier dans la législation des Sociétés anonymes. — Intérêt de l'étude du droit comparé ; du droit anglais en particulier. — Pourquoi les Sociétés françaises émigrent à Londres. — Le critérium des deux législations : le problème des nullités.

La science du droit présente peu de problèmes aussi complexes que la question des sociétés anonymes. Il semble que toutes les difficultés d'ordre théorique et pratique s'y soient accumulées comme à plaisir.

Les intérêts en jeu sont, dans cette matière, si multiples et quelquefois si difficiles à concilier qu'on ne doit pas trop s'en étonner. La tâche du législateur est très délicate.

D'une part en effet les associés, les tiers qui traitent avec la société, le public auquel celle-ci fait appel pour ses émissions, sollicitent sa protection. Trop souvent ils sont la dupe des aigrefins pour qui la société anonyme n'est qu'un instrument d'escroquerie. La fraude s'y dissimule faci-

lement, le public tout entier en est victime; l'intérêt général exige l'intervention de la loi.

De l'autre côté se trouvent les hommes d'affaires, ceux qui osent, ceux dont l'initiative saura grouper les efforts et les capitaux de façon à en multiplier la puissance, et dont les créations fécondes apporteront dans un pays le bien-être et la richesse. Ceux-là, en échange des risques qu'ils assument, demandent qu'on leur fasse confiance. Si des textes trop étroits viennent leur lier les mains, ou les menacer de pénalités sévères en cas d'échec toujours possible, et souvent dû à la malchance, ils n'oseront plus. Loin d'avoir atteint son but, la loi aura paralysé l'activité commerciale de ceux qu'il faudrait encourager, et seuls, les habiles et les moins honnêtes affronteront ses mesures draconiennes — avec l'espoir, souvent justifié, d'échapper aux responsabilités, car elles sont lointaines, alors que les profits sont prochains et illimités.

Entre ces deux écueils, liberté trop grande laissant place nette aux financiers sans scrupules, et législation restrictive paralysant les initiatives et l'expansion industrielle et commerciale d'une nation, il faut évoluer, tâtonner, chercher la solution la meilleure.

Dans cette recherche vers le mieux une des études les plus instructives consiste à suivre, à côté de l'évolution du droit de société en France —

qui indique à la fois les résultats déjà obtenus et les difficultés à vaincre — l'évolution du même droit chez les nations voisines. Cette comparaison éclaire d'un jour nouveau les expériences déjà tentées, explique des résultats qui surprenaient, et peut enfin suggérer, si l'on tient compte des différences de milieu qui ne sont pas négligeables, les modifications les plus utiles.

Nous avons été, à ce point de vue, particulièrement attiré vers l'examen du système anglais.

Tandis que l'on pourrait caractériser la tendance du droit français en la qualifiant de théorique, celle du droit anglais nous apparaît comme coutumière. En outre — et ceci s'explique en partie par cette divergence dans la conception même du droit — le régime anglais des Sociétés est un de ceux qui se sont le moins inspiré de notre système français : tandis que certains pays, comme la Belgique et l'Italie, s'étaient vu imposer notre code de commerce par Napoléon dès 1808, que les autres, en légiférant à leur tour, prenaient tout naturellement pour point de départ un système qu'ils voyaient en honneur autour d'eux, chez les Anglais, au contraire, la législation des sociétés s'est développée parallèlement à la nôtre sans s'inspirer d'elle. La comparaison des deux systèmes tire évidemment de ces dissemblances un intérêt plus vif.

Mais c'est un autre motif, d'un ordre plus pra-

tique, qui nous avait amené à étudier la constitution des sociétés anonymes dans les deux pays. On parle fréquemment de sociétés françaises, fondées par des Français, fonctionnant en France, faisant appel aux capitaux français, qui ont été se constituer à Londres sous la loi anglaise ; on ne parle jamais de sociétés anglaises venant se soumettre à notre législation.

N'y a-t-il pas là une situation de fait bien curieuse ? Pourquoi cette faveur qui s'attache à la loi anglaise au détriment de la nôtre ?

Sans doute elle est plus accueillante. Une première lecture laisse constater, par exemple, qu'elle n'exige ni souscription totale du capital, ni versement du quart de chaque action, ni vérification des apports, ni interdiction de négocier les actions d'apport pendant deux ans. En outre, le taux des actions est absolument libre.

Mais alors n'est-ce pas pour échapper à certaines garanties de sécurité, de bonne foi, de stabilité, imposées par notre loi française, que certains fondateurs passent le détroit ? — et ne vont-ils pas tout simplement chercher dans une législation plus indulgente le cadre qui leur permettra de constituer, sans formalités gênantes, les sociétés fictives dont ils veulent faire des instruments de fraude ?

S'il en est ainsi, l'étude du système anglais ne peut pas nous intéresser, sa simplicité ne nous étonne plus, il ne doit pas nous servir de modèle.

A se contenter d'un examen superficiel, on serait tenté peut-être d'adopter cette explication. Des exemples, qui sont encore présents à tous les esprits, semblent immédiatement venir l'appuyer : *The Universal Gas Methane and Buisson Hella C^o limited* et la *Mining industrial Corporation limited* dont on a tant parlé lors de la retentissante affaire Rochette. M. le bâtonnier Barboux disait, de ces deux compagnies, qu'elles étaient en réalité françaises et n'étaient attachées à l'Angleterre que par leur acte constitutif. Et c'était bien des compagnies frauduleuses.

Cependant, malgré ces apparences, loin de suffire à expliquer cet exode qui nous inquiète, c'est dans un nombre de cas très restreint que la loi anglaise est préférée à la nôtre pour un tel motif.

Et puisque nous avons fait allusion à des exemples actuels, qu'on nous permette d'emprunter encore à la trop célèbre affaire les éléments de notre démonstration.

D'abord, en ce qui concerne la *Mining Corporation*, M^e Barboux disait aussi ceci : « Vous l'avez constituée en Angleterre, vous l'avez constituée, dites-vous, suivant la loi anglaise. Vous mentez ! Vous n'avez observé aucune des règles de la loi anglaise » (1).

(1) Plaidoirie de M. le bâtonnier BARBOUX dans l'affaire du Crédit minier, à l'audience du 18 juin 1908. — Supplément au journal *L'Information* du 6 juillet 1908, 3^e page, 3^e colonne.

Il est difficile alors d'incriminer ici le système anglais. Si des gens peu scrupuleux veulent profiter de l'ignorance où sont leurs concitoyens des législations voisines pour doter leur société d'un semblant de légalité et les tromper plus facilement, ces législations n'en sont vraiment pas responsables. Et sans doute, dans la plupart des cas où une société va se fonder en Angleterre dans une intention frauduleuse, on pourrait constater, comme dans le cas de la *Mining Corporation*, que la loi anglaise n'est respectée qu'en apparence.

Il faut se rendre compte, en effet, que depuis quelques années, celle-ci a pris des mesures destinées à remplir le même but de sécurité que nos règles constitutives, et que l'on ne peut plus, sans la violer elle aussi, constituer chez elle des sociétés frauduleuses. Avant 1900 l'objection eût été beaucoup plus fondée, nous devons le reconnaître, mais la situation est devenue totalement différente. Il n'est donc plus permis à présent de tirer argument de sociétés comme celles qui nous occupent pour condamner la loi anglaise. Ce n'est pas parce qu'elle est plus libérale que de telles sociétés émigrent chez elle, mais parce qu'elles espèrent échapper plus facilement aux réclamations, en qualité d'étrangères.

La même affaire Rochette, d'ailleurs, n'est-elle

pas venue prouver qu'il était très facile aussi de créer des sociétés fictives sous la loi française ? Il suffit de lire dans la plaidoirie de M^e Barboux (1), l'histoire des sociétés fondées par M. Rochette pour être édifié sur ce point et pour ne plus oser affirmer que la sécurité soit plus grande chez nous que chez nos voisins.

Enfin, pour écarter tout à fait de l'esprit l'objection à laquelle nous répondons, il ne serait pas difficile de citer beaucoup d'exemples de sociétés françaises qui ont choisi la législation anglaise sans qu'on puisse soupçonner leur bonne foi. Celles-là font moins parler d'elles que les sociétés frauduleuses, elles sont cependant bien plus importantes et plus nombreuses. Chacun en connaît personnellement plusieurs exemples. A leur égard la question reste entière : leurs directeurs et leurs capitaux sont français ; le siège de leur entreprise est en France, ainsi que leurs principaux intérêts ; toutes leurs opérations sont régulières et faites de bonne foi.

Cependant, plutôt que de se soumettre à notre législation, elles préfèrent émigrer et se voir considérer comme des étrangères par la justice de leur pays. Il faut évidemment, pour qu'elles se mettent

(1) Supplément au journal *L'Information* du 6 juillet et du 20 juillet 1908 ; reproduction sténographique.

dans cette situation au moins incommode et compliquée, que la loi anglaise leur présente de grands avantages ou la loi française de grands inconvénients.

Les libertés que nous avons énumérées comme accordées en Angleterre et non en France fournissent-elles une explication suffisante à cet exode de sociétés sérieuses ? Nous ne le croyons pas.

Le législateur anglais, pour n'avoir pas choisi exactement les mêmes moyens d'action qu'en France, ne s'est pas moins préoccupé, nous l'avons dit, des inconvénients qui les avaient dictés. Ses lois de 1900 et de 1907 ont pour but principal d'y parer.

D'ailleurs nos règles françaises sont intégralement exigées par les statuts d'un grand nombre de sociétés anglaises : « Notre loi, nous disait un homme d'affaires anglais (1) très mêlé à la constitution des sociétés, n'exige pas toutes ces conditions, et nous le préférons de beaucoup. Mais rendez-vous bien compte que, le plus souvent, ces règles se trouvent introduites dans les statuts de nos sociétés, parce que, le plus souvent, elles sont

(1) Nous devons ces renseignements à la bienveillante obligeance de M. ROEHRICH stock-broker à Londres. Ils nous ont été confirmés par M. BRANDRETH, avocat au barreau de Londres. Qu'il nous soit permis de leur exprimer ici toute notre reconnaissance.

utiles (convenient). Les actions de moins de £ 1 (25 francs) sont rares en pratique. Il est rare aussi qu'une société n'ait pas besoin du quart de son capital dès le début de ses opérations. Quant à l'interdiction de négocier les actions d'apport pendant les deux premières années, elle est très fréquente aussi chez nous. La pratique réalise donc ce que la loi édicte chez vous. Les actions d'apport à la souche, c'est le procédé normal pour éviter l'avilissement des cours : vous comprenez bien que sans cette précaution, tous les fournisseurs que l'on a payés en actions de la nouvelle société n'auraient qu'une idée : réaliser de suite le prix de ces actions, et ils les jetteraient en bloc sur le marché, de sorte que la compagnie verrait son crédit atteint avant même d'avoir commencé à vivre. »

Ainsi, de l'aveu d'un homme d'affaires anglais, n'envisageant que le point de vue pratique, les restrictions imposées par la loi française à la libre constitution des sociétés sont parfaitement raisonnables et doivent s'appliquer sans peine dans la grande majorité des cas.

Ce n'est donc pas là que réside la principale différence entre les deux systèmes.

Mais hélas, ces conditions ne forment qu'une faible partie des difficultés dont notre loi entoure la constitution des sociétés. On les a entourées de formalités et de vérifications nombreuses et serrées

comme les mailles d'un filet ; et si une seule des mailles vient à manquer, bien que ce défaut ne compromette pas la solidité du filet tout entier, la société sera irrévocablement nulle, sans que le tribunal ait aucune liberté d'apprécier les faits.

Voilà, selon nous, le point le plus critiquable de notre législation ; c'est cette sanction brutale et sommaire qui condamne la société la plus honnête, la plus prospère, pour une simple inadvertance de forme, aussi bien que la création la plus audacieuse de fraudeurs sans scrupules — voire même sur la demande du premier venu, sans qu'il ait à justifier d'un dommage subi.

Les règles juridiques dont la loi entoure certains actes ne prennent tout leur sens que par les sanctions qui les accompagnent et en indiquent la portée. Ici les formalités les plus secondaires prennent une importance capitale, hors de proportion avec leur utilité réelle, par suite de la nullité qui les sanctionne. Les conséquences de cette nullité sont en outre si graves que l'on comprend sans peine, en les étudiant, pourquoi ceux qui veulent fonder une société cherchent à se soustraire à une telle législation. Elle leur paraît dangereuse.

En Angleterre, rien de semblable. Le législateur a entouré la constitution des sociétés des précautions qu'il a jugées utiles. Mais une fois la société reconnue et incorporée, on ne pourra plus en atta-

quer l'existence sous prétexte d'irrégularité préalable.

La comparaison des deux systèmes mérite donc un examen plus approfondi, et il est facile de saisir tout l'intérêt qui s'attache à cette question lorsque le législateur en France se prépare à modifier la loi de 1867 en l'aggravant encore.

Grâce à ce rapprochement de deux législations distinctes par leurs origines, leurs tendances, leurs conceptions, nous espérons convaincre ceux que ce problème des sociétés attire et qui voudront bien nous suivre dans ce rapide exposé de législation comparée, que le système anglais est plus logique, plus conforme aux besoins modernes, et qu'il peut nous fournir d'utiles enseignements pour la solution cherchée; l'élaboration d'une loi sur les sociétés, soucieuse à la fois de ne pas paralyser l'initiative individuelle et de protéger l'épargne contre les tentatives des aigrefins de la finance.

II

LES RÈGLES GÉNÉRALES DES NULLITÉS EN MATIÈRE DE CONTRATS

Diverses catégories de nullités. — Leur principe commun.

— Gravité de leurs conséquences. — Défaveur avec laquelle la loi et la jurisprudence voient les nullités. — Le contrat de Société en droit civil.

Les nullités établies par la loi de 1867 sur les sociétés se présentent comme des mesures exceptionnellement rigoureuses. Pour en bien faire comprendre la nature et la portée, nous devons donc, avant tout exposé de ces règles, avant même d'en examiner les origines, dégager les traits principaux de la théorie des nullités dans les divers autres contrats. C'est par comparaison avec le droit commun que les règles nouvelles s'affirmeront, que les particularités prendront tout leur relief.

Lorsqu'on examine un contrat au point de vue de la nullité, trois hypothèses peuvent se présenter : il peut être entaché d'inexistence, de nullité absolue ou de nullité relative. Dans un premier cas, le contrat manque d'un élément essentiel à sa formation :

l'accord de volontés ne s'est pas réalisé. Ou bien une enchère est portée au palais de justice par une autre personne qu'un avoué (1) : elle ne peut avoir aucune signification juridique, on ne conçoit même pas qu'elle puisse servir de base au contrat d'enchères. Ce contrat est juridiquement *inexistant*. Sans doute, s'il a été dressé un acte écrit sur lequel une des parties prétend fonder un droit quelconque, il faudra s'adresser au tribunal pour le faire écarter, puisque nul ne peut se faire justice à soi-même ; c'est pourquoi on doit parler des contrats inexistants en exposant les règles générales des nullités ; mais en réalité le juge se bornera à constater le néant.

Dans un second cas, le contrat semble parfaitement régulier, il a une apparence juridique, il pourrait produire tous ses effets si la loi le permettait. Mais il a contrevenu à un commandement ou à une défense qu'elle avait établie, règle de fond ou règle de forme : elle le déclare nul. Cette nullité est *absolue*, le tribunal la constate sans avoir aucun pouvoir d'appréciation. Quels que soient les co-contractants, en effet, ils ont, en négligeant les règles de la loi, porté atteinte à des intérêts que celle-ci entendait sauvegarder ; leur contrat doit être privé d'effets.

(1) Voir *Gazette du Palais*, 3 mars 1903 ; acte nul, acte inexistant.

Dans le troisième cas, au contraire, ce sont les parties contractantes que la loi envisage. L'une d'elles a signé le contrat dans des conditions qui ne lui permettaient pas d'en débattre les clauses librement et en connaissance de cause, soit qu'elle fût incapable, ou que son consentement ait été vicié par erreur, dol ou violence. La loi l'autorise à en demander la nullité ; mais comme seule elle a été lésée, elle seule peut bénéficier de cette mesure de protection. On dit qu'il y a *nullité relative*.

Telles sont les trois catégories de nullités, et les signes auxquels on peut reconnaître, dans chaque espèce particulière, si l'on se trouve en présence d'une nullité absolue ou relative, ou bien d'un cas d'inexistence.

Ces nullités revêtent chacune des caractères différents ; pour les mieux saisir, il faut remonter au principe même qui a motivé la création des nullités.

On peut dire que celles-ci dérivent toutes d'une idée de protection. La loi est gardienne des intérêts de chacun et des intérêts de tous. Elle doit empêcher que l'intérêt général soit lésé sous aucun prétexte ; et elle ne doit permettre d'atteinte aux intérêts particuliers que dans la mesure où l'intérêt général l'exige.

C'est en se pénétrant de ces principes que le législateur a établi les règles du droit positif. Celles-

ci ont pour but « d'établir une discipline et un ordre dans l'activité de chacun, comme sauvegarde des intérêts de tous » (1). Toute violation des prescriptions de la loi implique une atteinte aux intérêts qu'elle veut maintenir intacts ; il faut empêcher le contrat irrégulier de produire ses effets, il faut l'annuler.

Le but même de la règle qu'on a enfreinte, l'importance des intérêts qu'elle protège, déterminent les caractères et les effets de la nullité qu'elle fait naître.

S'agit-il d'intérêts généraux ou permanents, la nullité est absolue, tous les intéressés peuvent l'invoquer, quel que soit le temps écoulé depuis la formation du contrat. Celui-ci est censé n'avoir jamais existé, il ne peut produire aucun effet. On ne pourra pas le rendre valable en accomplissant tardivement les formalités qu'on avait négligées. Il faudra le refaire en entier.

S'agit-il au contraire de protéger les intérêts d'un individu à raison de la situation spéciale, peut-être temporaire, qui l'a empêché de se protéger lui-même, c'est lui seul qui pourra se prévaloir de la nullité, et seulement pendant un certain temps. Du jour où il aura recouvré sa pleine capacité, lorsqu'il connaîtra les conditions réelles du contrat, la loi

(1) BEUDANT, le droit individuel et l'Etat, p. 6.

le laissera libre de choisir entre la nullité ou la confirmation, et elle lui accordera un certain délai pour prendre cette décision. Mais ce laps de temps écoulé, le silence vaudra confirmation et l'offre de protection tombera, l'intéressé étant censé l'avoir abandonnée en connaissance de cause. — Si la nullité de l'acte est demandée, au contraire, les effets en seront analogues à ceux de la nullité absolue car, une fois prononcée, la nullité, dans tous les cas, a mêmes effets, et ces effets sont très rigoureux : *l'acte nul est censé n'avoir jamais existé*. Il y a là une fiction de la loi qui se trouve souvent en contradiction avec la réalité, car jusqu'à son annulation, l'acte nul a été considéré comme valable et a pu donner naissance à des droits et des intérêts que l'équité commande de respecter. Il en résulte que la nullité, lorsqu'il s'agit de l'appliquer, se heurte presque toujours à des situations de fait que l'on ne peut méconnaître. Il est impossible, la plupart du temps, de faire complètement table rase du passé sans choquer le bon sens, sans bouleverser des situations acquises fort respectables. C'est l'éternelle situation du possesseur de bonne foi. Sans doute il n'a pas le titre juridique nécessaire, la propriété, mais il a cru être propriétaire, mais il a consommé les fruits du fonds, il les a faits siens, en toute et entière bonne foi. Va-t-on lui faire restituer ce qu'il a ainsi perçu pendant des

années ? Mais le véritable propriétaire n'a-t-il pas de son côté commis une faute en restant si longtemps inactif ?

Le même raisonnement s'applique dans toutes les questions de nullité : la règle est en principe de considérer comme non existant tout ce qui a existé avant l'annulation ; mais on ne peut pas ne pas tenir compte des contingences.

Cette mesure de protection est donc une arme dangereuse, qu'il ne faut employer qu'avec circonspection, et dont la portée doit être soigneusement calculée. Avant d'imposer une restriction à la liberté des conventions, « il faut savoir si l'abus du droit est plus dangereux que la prohibition ; il ne faut pas surtout que l'intérêt général souffre plus de la prohibition que de l'abus » (1).

Aussi la loi se garde-t-elle bien de prononcer la nullité pour toutes les infractions aux règles qu'elle édicte ; et nous la voyons par exemple, en matière de mariage, distinguer les empêchements dirimants qui rendent nuls un mariage même consommé (bigamie) et les empêchements prohibitifs qu'on pourra invoquer avant la célébration du mariage, mais qui n'auront plus de force s'il a été passé outre (publications). — Les conséquences du ma-

(1) PAILLARD DE VILLENEUVE, *Gazette des Tribunaux*, 19 février 1838.

riage sont si graves en effet, qu'il importe de ne les effacer — juridiquement — que si l'ordre public l'exige absolument.

Le même motif pousse le législateur à ne prononcer que l'annulation partielle d'un acte lorsqu'il en peut sauver une partie (art. 900 et 943 du code civil), et à exiger que le juge, avant de condamner un acte irrégulier en la forme, recherche la véritable intention des parties (art. 1156).

La jurisprudence fait cause commune avec le législateur, restreint les hypothèses de nullité, cherche à maintenir par tous les procédés l'acte menacé. Où la lutte est curieuse, c'est notamment pour le testament. Envers et malgré tout, elle veut respecter la volonté du défunt et la faire exécuter intégralement. Or, bien des difficultés surgissent, forme ou fond. La moindre n'est pas celle qui résulte de la règle prohibant certaines substitutions. Si le *de cujus* n'a pas songé aux prescriptions formelles du code, on va pouvoir ruiner sa volonté en faisant annuler ses libéralités ; mais nos tribunaux rüsent, cherchent mille procédés pour maintenir, malgré tout, le testament — et c'est la théorie des fidéicommiss sans inaliénabilité ou sans obligation juridique, la théorie des legs conditionnels qui viennent révéler la subtilité des interprètes de la loi.

Puisque le contrat de société nous intéresse tout

particulièrement, quelles règles lui voyons-nous appliquées en droit civil ? La loi se laisse-t-elle guider en ce qui le concerne par les principes que nous venons d'exposer, ou bien a-t-elle cru devoir s'en départir et accumuler ici les prescriptions rigoureuses ? Sachant combien elle se montre sévère pour les sociétés commerciales, nous devons nous attendre à trouver ce contrat rangé dans la catégorie restreinte de ces contrats solennels qu'elle a voulu entourer de plus de précautions, auxquels elle a imposé certaines conditions de forme à peine de nullité absolue.

Il n'en est rien : le contrat de société civile est soumis aux règles du droit commun le plus libéral. Il se forme par la seule volonté des parties. « La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque » (art. 1843). Il faudra donc que ce contrat réunisse les conditions nécessaires à la validité de tout contrat : consentement, capacité des parties, objet certain, cause licite (art. 1108) ; et celles qui sont essentielles au contrat de société : *animus societatis*, fonds commun, intention de partager les bénéfices éventuels (art. 1832). Mais ces conditions sont les seules ; aucune règle exceptionnelle ne vient s'y ajouter.

Pourquoi n'en est-il pas de même en matière de sociétés commerciales ? C'est ce que nous allons chercher en étudiant d'abord l'origine des règles constitutives de la loi de 1867.

III

HISTORIQUE DES RÈGLES CONSTITUTIVES DES SOCIÉTÉS ANONYMES FRANÇAISES

Origine des formalités constitutives des Sociétés anonymes. — Les déformations subies par les Sociétés en commandite obligent le législateur à prendre des mesures draconiennes englobant toutes les Sociétés de capitaux. — Une sanction énergique, mais générale et disproportionnée : la nullité de la loi de 1867.

Les formalités de publicités. — Nécessité de faire connaître aux tiers la responsabilité limitée des co-associés. — Cette publicité devrait précéder et non suivre la création de la Société.

Sous l'ancien régime, les sociétés anonymes existaient sous le nom de compagnies à charte. Dès le ^{xvii}e siècle elles possédaient les principaux caractères qui les distinguent encore aujourd'hui : responsabilité limitée des associés, absence de considération des personnes pour la cessibilité des parts. Elles se trouvaient dans une situation tout exceptionnelle, par ces caractères déjà exorbitants du droit commun, et par d'autres privilèges qu'elles obtenaient du gouvernement : des monopoles, par

exemple. En outre elles étaient souvent, surtout au début, créées par le roi dans un but d'intérêt public, comme l'exploitation des colonies nouvelles. C'était même là l'origine et la raison immédiate de leur création.

Tout ceci explique que le pouvoir, en échange des prérogatives qu'il leur accordait, soumit leur création à son autorisation et leur imposât leur charte. Au contraire, les autres sociétés commerciales pouvaient se former sans contrôle.

Le code maintint la distinction. Tandis que la société en nom collectif et la société en commandite se constituaient librement — sauf certaines conditions de publicité — la création d'une société anonyme exigeait toujours l'autorisation gouvernementale, qui prit la forme d'un décret.

Cette autorisation ne fut supprimée qu'en 1867 ; elle fût alors remplacée par une réglementation qui copiait celle de la loi de 1856 sur les commandites par actions, et adoptait par conséquent les mêmes principes. Aussi n'est-ce *pas dans l'histoire des sociétés anonymes, mais bien dans celle des commandites, qu'on doit étudier l'origine et l'évolution des règles constitutives actuelles.*

Il faut, à ce point de vue, distinguer deux catégories de règles qui ont des origines différentes : d'une part, les conditions et formalités requises pour la *constitution proprement dite* ; d'autre part,

les *formalités de publicité* qui, bien que postérieures à la constitution, sont exigées aussi à peine de nullité de la société.

Les règles constitutives proprement dites sont d'origine récente. Dans l'ancien droit (1) et sous le code, elles se bornaient à la rédaction d'un écrit.

Cette liberté se justifie fort bien par le caractère qu'imprime à toute société en commandite le rôle du commandité, maître responsable de l'entreprise.

Aux yeux du public, d'abord, la société n'apparaît pas comme une personne morale abstraite — ce qui est le cas, au contraire, pour la société anonyme — mais c'est le commandité qui la personifie. Elle est connue sous son nom. Il la gère et c'est à lui qu'ont affaire les tiers qui traitent avec la société. Il est responsable *in infinitum* envers eux des conséquences de ses actes et voit par conséquent sa situation personnelle — matérielle et morale — entièrement liée au sort de la société. Le capital fourni par les commanditaires vient s'ajouter à cette situation personnelle, et c'est la seule différence qu'il y ait entre la commandite et une entreprise particulière.

Vis-à-vis des commanditaires, le commandité est encore l'âme de la société. La commandite est

(1) Ordonnance de 1673, art. 1.

un acte de confiance du commanditaire envers le commandité auquel il confie des fonds pour les faire prospérer dans une entreprise déterminée. Qu'un certain droit de contrôle doive lui appartenir, c'est indéniable. Il n'est pas un simple prêteur, mais un associé dans la limite des fonds qu'il a dans l'affaire : si cette affaire ne réussit pas, il perdra le montant de son apport. Mais, dans le même cas, le commandité, lui, perdra sa fortune entière, pourra être déclaré en faillite, et voir sa situation personnelle ruinée en même temps que sa situation matérielle.

La différence de ces risques donne la limite exacte du droit de contrôle qui appartient au commanditaire. Ce contrôle doit se borner à vérifier l'honnêteté du gérant, la régularité de ses opérations. Quant au choix des moyens les plus propres à faire prospérer l'entreprise, le commanditaire, par le fait même qu'il a signé le contrat de commandite, s'en est remis sur ce point au commandité et lui a donné sa confiance. Il est juste que celui-ci, ayant seul des risques illimités, ait la direction complète. D'ailleurs, les tiers le considèrent comme seul gérant, et le crédit qu'ils accordent à l'entreprise est basé en grande partie sur la confiance qu'il leur inspire personnellement ; il ne faut pas qu'une direction occulte vienne déjouer leurs calculs.

Le législateur de 1808 avait parfaitement compris tout ceci, et il s'était préoccupé d'assurer au commandité cette liberté de direction qui est la contre-partie obligatoire de sa responsabilité. Dans ce but, les articles 27 et 28 du Code déclarent déchus du bénéfice de la responsabilité limitée les commanditaires qui s'immisceraient dans la gestion.

L'initiative et la responsabilité se trouvant ainsi réunies sur la même tête comme dans toute entreprise particulière, on comprend sans peine que le législateur n'ait pas dérogé au droit commun à l'égard de la commandite et n'ait pas établi de règles exceptionnelles.

Le même examen montre aussi quelle distance sépare la société en commandite de la société anonyme. Par définition même l'une repose sur un individu, sur la confiance qu'ont en lui ses co-associés et les tiers, tandis que chez l'autre aucun individu ne joue un rôle prépondérant.

Comment donc les deux situations purent-elles offrir à un moment assez d'analogie pour que les mêmes règles pussent leur être également appliquées?

C'est que sous l'influence de conditions économiques nouvelles, des éléments nouveaux allaient se glisser dans l'œuvre si harmonieusement équilibrée et en détruire tout le caractère : C'était l'époque en effet où la liberté du travail et les dé-

couvertes scientifiques incessantes provoquaient dans l'industrie un essor prodigieux que les auteurs du Code n'avaient pas prévu. De nouvelles entreprises se créaient chaque jour, chaque jour plus puissantes, auxquelles ne convenait plus la société de personnes. La société de capitaux, jadis exceptionnelle, devenait l'instrument indispensable, le seul qui répondît exactement aux besoins nouveaux.

Le Code semblait n'offrir qu'un procédé pour obtenir ce résultat : solliciter l'autorisation gouvernementale et prendre la forme anonyme. Mais les lenteurs, les incertitudes, les frais de cette autorisation effrayèrent les industriels qui préférèrent un autre moyen : ils cherchèrent à adapter la société en commandite à la nouvelle situation. Sous la pression de l'opinion et des nécessités pratiques, la jurisprudence les y aida, et de deux façons :

En premier lieu, elle autorisa, dans les statuts des nouvelles sociétés, des clauses qui allaient nettement à l'encontre des articles 27 et 28 du Code. L'initiative des commandités allait devenir un mythe ; ils ne seraient plus désormais que des personnalités plus ou moins solvables, dociles entre les mains des commanditaires.

M. Blanche, en 1861, signale cette évolution dans un discours à la Cour de Cassation :

« Vous avez, dit-il, depuis longtemps senti qu'il était dans les conditions mêmes de la société en

commandite par actions que les commanditaires eussent une certaine liberté de surveillance et de contrôle qui paraît peu compatible avec les articles 27 et 28 du Code de Commerce, et vous avez eu la sagesse de la leur accorder... Vous les avez autorisés à s'immiscer dans les faits internes de l'administration et vous ne les avez pas condamnés à rester toujours étrangers aux faits externes de la gestion... Vous leur avez permis « d'interdire au « gérant de faire aucune dépense, en dehors des « dépenses d'entretien, sans avoir préalablement « consulté le conseil d'administration, à l'avis du « quel il serait tenu d'obtempérer ». — Vous leur avez permis d'enjoindre au gérant « de déposer « les fonds sociaux entre les mains du banquier de « la société, qui ne devrait s'en dessaisir, lorsqu'il « ne s'agirait pas de menues dépenses d'entretien, « que sur un mandat délivré par un des directeurs, « et approuvé par le conseil d'administration ». Enfin, dans le dernier arrêt qu'elle a rendu sur cette matière, votre chambre civile a reconnu que les actionnaires pouvaient impunément se livrer à certains actes de contrôle extérieur. »

Que sont devenus les principes ? Le caractère même de la commandite a été perdu de vue. Le gérant libre et responsable, qui en est la base essentielle, n'est plus qu'un employé docile et n'offrant aucune garantie, placé là pour satisfaire à une pres-

cription législative désuète. Les commanditaires peuvent gérer en toute sécurité, sans avoir à craindre les conséquences de leurs fautes ou de leurs imprudences puisqu'ils conservent le bénéfice de la responsabilité limitée. Nous voilà bien près de la société anonyme !

Mais on fit mieux et la combinaison des articles 35 et 38 du Code permit de constituer de véritables sociétés anonymes libres, en éludant toutes les règles posées par la loi.

L'article 38 permettait de diviser le capital en actions dans la société en commandite. Cela n'empêchait pas de connaître tous les commanditaires, propriétaires d'actions nominatives, et c'était pour la rapidité des transactions commerciales une précieuse faculté.

Mais en invoquant l'article 35, qui permet d'établir l'action sous la forme d'un titre au porteur, on allait donner à cette faculté une portée qu'elle n'avait pas dans la volonté de ses auteurs.

Par sa place, en effet, par l'esprit de la législation, l'article 35 ne devait s'appliquer qu'aux seules sociétés anonymes.

Mais la jurisprudence ne vit ou ne voulut voir (1)

(1) Affaire Armand Lecomte et Cie, S. 1832. 2. 258. Un second arrêt de la Cour de Paris, le 14 février 1833, vint confirmer la jurisprudence en ce sens. — (Bécane questions de droit commercial, 2^e édit., p. 16).

que les impérieuses nécessités de la pratique et la Cour de Paris autorisa les actions au porteur dans les sociétés en commandite par un arrêt célèbre du 7 février 1832.

Dès lors, on le comprend bien, la société anonyme libre existait en fait, sous la forme de la commandite par actions. Le gérant n'était plus qu'un prête-nom sans surface, placé là pour le principe, et les commanditaires pouvaient gérer en toute impunité, sans même sauvegarder les apparences. Comment savoir en effet qu'ils étaient actionnaires, puisque les actions étaient au porteur ? C'était la liberté complète.

Mais autant cette liberté était logique dans les sociétés en commandite où elle avait pour contrepartie la responsabilité du chef de l'entreprise, autant elle devenait dangereuse dans les sociétés nouvelles, où la même garantie n'existait plus. Et le danger s'aggravait encore de ce fait que les tiers qui traitaient avec la société, trompés et rassurés par la forme en commandite, ignoraient qu'ils avaient affaire à des irresponsables, et ne se méfiaient pas.

Ce qui devait arriver arriva : à côté des très nombreuses entreprises qui purent, grâce à l'instrument nouveau, prendre tout le développement dont elles étaient susceptibles, des sociétés se créèrent dont les promoteurs avaient pour seul but

d'extorquer de l'argent au public ou de spéculer à ses dépens (1).

La faveur dont jouissaient les nouvelles sociétés de capitaux auprès des capitalistes, l'impunité assurée aux manœuvres les plus déloyales, étaient des conditions trop favorables pour qu'on n'en profitât pas. Ces manœuvres ayant réussi au début, devinrent de plus en plus audacieuses, jusqu'à provoquer une crise de faillites scandaleuses, et, dès 1838, un projet de loi était préparé, qui devait mettre un terme à la liberté en même temps qu'aux abus. Ce projet n'aboutit pas. D'ailleurs, la crise s'apaisa d'elle-même. « C'était le résultat d'une fièvre passagère, écrit un contemporain dès 1844 ; le calme rétabli, les choses ont repris leur cours naturel et la loyauté a continué de présider à la formation et au développement des sociétés en commandite » (2).

Mais vers 1855-1856, nouvelle crise de spéculations et de fraudes. Cette fois le législateur intervint sans tarder. Le projet de 1838 fut repris,

(1) De 1826 à 1838, on enregistre la création de 157 sociétés anonymes représentant un capital de 393.396.125 francs et de 1.100 Sociétés en commandite représentant 1.117.098.740 francs (*Moniteur*, 25 avril 1838). Pour renseignements statistiques plus détaillés, voir *Gazette des Tribunaux* du 25 août 1838.

(2) DELAMARRE. — Des Sociétés (thèse de Paris, 1844).

amendé, voté, et le 17 juillet 1856, c'en était fait de la liberté des commandites : leur constitution se trouvait soumise, à quelques détails près, à toutes les conditions et formalités qui l'entourent encore aujourd'hui.

Il faut bien se rendre compte des conditions dans lesquelles cette loi fut élaborée. En 1838 et en 1856, c'est en pleine crise que l'on étudie la réforme, lorsque l'opinion publique est surexcitée par les scandales qui se révèlent et les faillites qui se succèdent. Le premier mouvement de la commission de 1838 fut même de supprimer complètement l'action dans la commandite. C'était aller trop loin et de vives protestations vinrent heureusement arrêter cette funeste tentative (1).

Mais la véritable cause des abus échappait aux réformateurs : la société en commandite tenait dans la réalité un rôle auquel elle n'était pas destinée, et qu'elle était impropre à bien remplir. Il eût fallu, pour lui rendre son caractère, supprimer le titre au porteur et remettre en vigueur les articles 27 et 28 du Code. Et, d'autre part, comme la liberté de la société anonyme s'était révélée indispensable au commerce, il eût fallu l'accorder franchement, en l'entourant de certaines garanties rai-

(1) Notamment PAILLARD DE VILLENEUVE, *Gazette des Tribunaux*, 19 février 1838.

sonnées et adaptées à l'anonymat. De cette façon la réforme eût répondu à la fois aux principes et aux exigences pratiques.

On n'osa pas aller jusque là. M. Paillard de Ville neuve semble bien avoir entrevu une partie de la vérité. « Si jusqu'à ce jour, dit-il, on n'a pas songé à demander la réforme du système d'autorisation, c'est qu'à côté de l'asservissement de la société anonyme, il y avait la liberté de la commandite » (1). Mais cette réforme, il ne la demande pas, lui non plus. Le caractère de la commandite lui échappe et il ne voit pas que la liberté qu'il constate, et dont il réclame le maintien, a été obtenue au détriment des principes mêmes qui en empêchaient l'abus.

Pouvait-il d'ailleurs être question d'accorder la liberté des sociétés anonymes à un moment où l'on parlait de soumettre les commandites elles-mêmes à l'autorisation gouvernementale? (2) On ne songeait qu'à réprimer les abus.

« On n'a pas oublié, dit l'exposé des motifs de la loi de 1857, les raisons qui, en 1856, déterminèrent le gouvernement à présenter une loi sur les sociétés en commandite par actions. Il fallait mettre un terme et un frein à des manœuvres qui,

(1) *Idem.*

(2) Rapport de la Commission (*Moniteur* du 25 avril 1838).

par leur nombre, leur audace, et leur succès, étaient devenues un scandale public et qui, malheureusement, avaient déjà fait beaucoup de dupes et de victimes... Non seulement le corps législatif approuva la pensée du projet, mais il jugea que des précautions plus grandes devaient être prises, que des peines plus sévères devaient être prononcées ».

Il n'est question que de se défendre et de châtier ! Et ceci est tellement vrai qu'en exposant le projet de loi de 1867, M. Duvergier reconnaîtra que certaines conditions rigoureuses de la loi de 1856 avaient été requises dans un esprit de réaction.

« Le Gouvernement se félicite, dit-il, vous n'en sauriez douter, de pouvoir vous soumettre des dispositions nouvelles qui, en supprimant *les restrictions qui pouvaient gêner les transactions honnêtes*, n'affaiblissent point la répression des spéculations déloyales » (1).

C'est avouer que la loi de 1856 est une loi de défense, qui renferme des mesures d'exception. Comme le législateur ne se reporte pas aux principes qui dominant la question, comme il veut que la société en commandite continue à jouer son double rôle de commandite et de société anonyme, il en est réduit, pour paralyser les fraudes, à des

(1) TRIPIER, commentaire, exposé des motifs, p. 14.

expédients. Il se borne à constater et à classer les abus sans chercher leur cause profonde. Il s'aperçoit qu'ils viennent de quelques procédés toujours les mêmes.

« L'exagération de la valeur des apports en nature, la distribution d'actions d'après cette appréciation, la forme au porteur, qui donne une si dangereuse facilité pour se défaire d'actions mal acquises, et sans qu'on puisse suivre leurs traces dans les mains qui se les transmettent, la valeur nominale rendue à peu près illusoire par la faculté de faire des versements minimes au moment de l'émission ; la composition des conseils de surveillance dans lesquels on entre, soit par faiblesse, soit par calcul, souvent avec de mauvais desseins, presque toujours avec la pensée qu'aucune responsabilité n'est attachée aux fonctions qu'on accepte ; enfin la distribution de dividendes fictifs pris sur le capital social, tantôt à l'insu des conseils de surveillance, tantôt de connivence avec eux : telles sont les manœuvres le plus fréquemment employées pour tromper le public » (1).

Contre chacune de ces manœuvres, on prend des mesures particulières, et suivant pas à pas les diverses phases de la constitution d'une société,

(1) TRIPIER, commentaire de la loi de 1856, exposé des motifs, p. 20.

le législateur les réglemente minutieusement, et s'efforce, en précisant jusque dans les détails la marche qu'il impose, de ne laisser aucune fissure par où la fraude puisse s'introduire.

Enfin, comme toute règle législative tire son importance effective et sa portée de la sanction qui l'accompagne, le législateur, sans distinguer entre ses diverses prescriptions dont l'importance est pourtant bien variable, sans calculer les conséquences de cette mesure, frappe de nullité absolue toute société qui aura négligé l'une quelconque des règles qu'il édicte. Il ne semble pas qu'il y ait eu, sur ce point, la moindre hésitation ; le rapporteur de la commission de 1838 mentionne cette mesure sans commentaire : « Si les actionnaires violent les dispositions essentielles de la loi, soit dans la formation des contrats, soit dans la création des actions, l'acte de société est nul et il est ouvert contre eux et au profit des tiers, un recours en restitution de toutes les sommes reçues, et en dommages-intérêts ». La nullité est la sanction la plus sévère qui soit. Voilà pourquoi on l'a choisie. Elle était accompagnée, en outre, de dispositions créant des responsabilités spéciales et nombreuses.

Les résultats de la loi de 1856 ne se firent d'ailleurs pas attendre.

Les commandites par actions, formées à Paris en 1857, représentent un capital de 580.779.000 fr. ;

celles qui sont formées en 1860 ne représentent plus que 29.874.000 fr. C'est dire que notre commerce en souffrit. Les conseils de surveillance ne savaient où se recruter : les hommes de valeur dont la place y était toute désignée faisaient grève, effrayés par les nouveaux devoirs et les nouvelles responsabilités qu'on leur imposait.

La loi était allée trop loin, mais le développement du commerce ne pouvait ainsi demeurer en suspens. La pénétration des intérêts est telle aujourd'hui entre nations, que les moindres faits de la vie intérieure de chacune d'elles réagissent sur les autres. Or, la loi du 30 mai 1857 vint permettre aux sociétés constituées régulièrement en Belgique d'exercer en France leur activité. C'était un moyen d'échapper aux règles vexatoires de la nouvelle loi. Et nos fondateurs de sociétés coururent se réfugier sous la loi belge. Mais la Belgique ne fut pas seule à bénéficier de ce traitement de faveur : le 17 mars 1862, un décret reconnut le même droit aux sociétés anglaises. La loi fondamentale des sociétés, faite dans l'esprit le plus libéral, venait d'être promulguée en Angleterre. Nos sociétés apprirent, dès ce moment, le chemin de Londres, et les Aciéries de Saint-Gaudens, des sociétés pour l'exploitation de terrains près de Marseille — et bien d'autres avec elles — allèrent aussitôt s'y constituer.

Ce triomphe des lois étrangères stimula enfin la perspicacité de nos législateurs ; et comme d'autre part le nombre des demandes d'autorisation pour fonder des sociétés anonymes françaises n'avait pas augmenté, il fallut bien se rendre à l'évidence : la société anonyme libre répondait à un véritable besoin économique. Dès 1863, la loi française fit un essai en supprimant l'autorisation pour les sociétés de moins de 20 millions. L'expérience ayant naturellement réussi, la mesure fut enfin généralisée en 1867.

Par quoi remplacer l'autorisation ?

Le législateur se souvint que les sociétés anonymes avaient en réalité fait l'épreuve de la liberté absolue, que cette épreuve n'avait pas réussi, et il n'osa pas la renouveler. Il se dit que la réglementation de la loi de 1856 avait justement été instituée pour parer aux abus que la pratique avait démontrés les plus courants, et il se contenta de la reproduire.

Or, la réglementation de 1856 avait été établie, nous l'avons vu, dans une période de crise, en répression des scandales du moment.

Voilà pourquoi la loi de 1867, elle aussi, paraît conçue dans un esprit de défiance et de protection étroite, pourquoi elle ressemble plutôt à un régime d'exception, dans lequel des mesures de détail sont minutieusement réglées et sévèrement sanc-

tionnées, qu'à un régime de droit commun, dans lequel les principes directeurs sont clairement exposés.

En est-il de même en ce qui concerne l'autre catégorie de règles édictées à l'origine des sociétés anonymes par la loi de 1867 ? Nous voulons parler des *formalités de publicité*.

Dès le moyen-âge, dans les villes italiennes, les commerçants qui formaient une société devaient en général déclarer leurs noms à des officiers publics qui en tenaient registre (1). En France, l'ordonnance de 1579 ordonne l'inscription des noms des associés sur les registres des bailliages et des hôtels de ville. Cette inscription était indispensable pour donner action aux associés les uns contre les autres (2).

Mais l'intérêt des tiers n'était pas sauvegardé ainsi et l'ordonnance de 1673 sentit le besoin de mesures spéciales « pour obvier aux fraudes et pour empêcher qu'en cas de faillite de quelqu'un des associés, les autres associés ne pussent se dérober à la connaissance des créanciers et éviter de payer les dettes de la société dont ils étaient tenus » (3). En conséquence, elle ordonne l'enre-

(1) LYON-CAEN et RENAULT op. cit. p. 147.

(2) *Idem*.

(3) POTHIER, op. cit. t. III, p. 479.

gistrement d'un extrait de l'acte de société au greffe du consulat, de l'Hôtel de Ville ou de la juridiction ordinaire, et l'insertion de cet extrait en un tableau exposé en un lieu public. (art. 2, titre IV.)

Et la société n'existe que du jour où cette publication a été faite « au greffe du domicile de tous les contractants, et du lieu où ils auront magasin ». (art. 6.) (1).

Cet enregistrement est essentiel à la constitution même de la société, vis-à-vis des associés comme vis-à-vis des tiers (art. 6) ; c'est lui qui donne naissance à cette personne morale, vivant d'une vie propre, distincte de celle des associés.

Dans ces conditions, il est logique que l'omission de ces formalités entraîne la « nullité des actes et contrats passés, tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayant-cause » (art. 2.) (2).

Puisque la société n'existe pas elle ne peut contracter et tout ce qui serait fait avant l'enregistrement requis « serait nul par rapport à ceux qui composent la société, et il n'y aurait que celui ou ceux avec qui la négociation aurait été faite nommément qui en seraient tenus » (3).

Tout ceci est rigoureusement logique. Mais le

(1) JOUSSE, op. cit. t. III, p. 2.

(2) JOUSSE, op. cit. t. III, p. 10.

(3) JOUSSE, op. cit. 2^e édit. p. 88.

Code de Commerce, tout en conservant les mêmes formalités et la même sanction, vain trodure un élément nouveau qui détruira toute l'harmonie du système : les formalités de publicité vont être, en effet, accomplies postérieurement à la constitution. Cependant leur inobservation entraîne toujours la nullité de la société.

Cette société, juridiquement formée avant le délai fixé pour la publicité, aura régulièrement fonctionné déjà lorsqu'on la déclarera nulle. Ce sont des actes accomplis valablement, par une personne ayant toute capacité pour les accomplir, qui seront frappés rétroactivement de nullité absolue. Il faudra tenir pour nul ce qui aura existé et les règlements de compte donneront lieu à mille questions délicates.

La loi de 1867 adopte les règles du Code en ce qui concerne la publicité. Nous venons de voir leur origine qui démontre combien leur nécessité s'est, de tout temps, imposée en matière de sociétés. En ce qui concerne les sociétés anonymes, elles ont un fondement plus rationnel encore. On ne peut concevoir l'existence d'une société anonyme sans la publicité. Il est difficile de s'en mieux rendre compte qu'en lisant un passage de l'exposé des motifs de la loi de 1867, dans lequel M. Duvergier expose le fondement juridique de la responsabilité limitée :

« En thèse générale, les parties peuvent, par leur volonté *formellement exprimée*, étendre ou restreindre, à leur gré, les effets de leurs engagements. Chacun peut, par exemple, dire qu'il se réserve de réduire le montant de son obligation à une somme ou à une quotité déterminée. Ceux qui traitent dans ces conditions, *connaissant la limite, la réserve qui a été énoncée dans le contrat*, sont tenus d'en subir les conséquences ; ils n'ont pas le droit de se plaindre d'une stipulation qu'ils ont librement acceptée, et sans laquelle la convention n'aurait pas eu lieu » (1).

Il est donc indispensable de publier certaines clauses du contrat de société anonyme — sans quoi la société ne peut avoir d'existence juridique. Mais ici encore, il est profondément illogique de faire cette publicité postérieurement à la constitution de la société ; de plus la loi de 1867 a étendu cette nullité à des formalités très secondaires, qui ne se rattachent que de très loin au principe par lequel la publicité se justifie. Nous allons voir, par l'exposé de ces nullités, les conséquences inattendues et inacceptables de ce système.

(1) TRIPIER, commentaire de la loi de 1867. Exposé des motifs, p. 15.

IV

LES NULLITÉS DANS LA LOI DE 1867

Multiplicité des cas de nullité ; cas incertains ; tendance de la jurisprudence vers la restriction des cas de nullité. — Caractères de la nullité ; contradictions ; fins de non-recevoir créées par la loi de 1893. — Effets de la nullité ; situation de faits à régler ; impossibilité d'appliquer la loi ; conflits d'intérêts ; système de la jurisprudence ; intérêts lésés injustement. — Responsabilité des fondateurs ; comment la nullité et la responsabilité réagissent l'une sur l'autre ; atténuation de la jurisprudence ; théorie de l'action sociale et de l'action individuelle.

La nullité des sociétés anonymes est prescrite par les *articles 41 et 56* de la loi du 24 juillet 1867. Elle s'applique, d'une part (art. 41) à l'inobservation des règles de constitution prescrites par les articles 1, 2, 3, 4, 22, 23, 24 et 25 de cette loi (1). D'autre part, (art. 56) à toute infraction

(1) L'article 41 prononce la nullité pour les infractions aux articles 22, 23, 24, 25. Or l'article 24 déclare applicables aux Sociétés anonymes les prescriptions des articles 1, 2, 3, 4, qui sont par conséquent sanctionnées par la même nullité.

aux articles 55 et 56, qui déterminent les règles de publicité.

Ce qui frappe d'abord, lorsqu'on étudie les cas de nullité ainsi établis, c'est *leur multiplicité*:

Nullité en vertu de l'article 41.

Si le nombre des associés est inférieur à sept (art. 23) (1).

Si les coupures d'actions sont de moins de 25 francs, pour un capital inférieur à 200.000 francs ou de moins de 100 francs pour un capital supérieur (art. 1).

Si la société n'est pas constatée par acte public ou par acte sous-seing privé fait en double original (art. 1).

Si le capital n'est pas souscrit en totalité (2) (art. 1).

S'il n'y a pas eu, avant la constitution, versement en espèces, par chaque actionnaire, du quart des actions qu'il a souscrites (3) (de la totalité si elles sont de 25 francs) (art. 1).

(1) Fondateurs fictifs : Nantes 9 octobre 1897, J. S. 98 355. — Seine 22 juin 1898, J. S. 99, 95. Fondateurs incapables : Paris 1^{er} juin 1889, R. S. 89, 574. — Nantes 11 décembre 1897, J. S., 98, 130.

(2) Trib. com. Marseille, 14 février 1902, (J. S. 02, 513). Lille, 23 janvier 1899 (*la Loi* 13 mars 1899).

(3) Douai, 6 août 1903 (*Gazette des Tribunaux*, 14 novembre 1903). Aix, 23 juin 1904 (*Recueil Marseille* 1904, 1, 244). Roubaix, 28 décembre 1904 (*Gazette des Tribunaux*, 22 mars 1905).

Si cette souscription et ce versement ne sont pas constatés par une déclaration des fondateurs (1) dans un acte notarié — ou si cette déclaration est fausse (2) (art. 1).

Si à cette déclaration ne sont pas annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous seing privé, et une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration (art. 1).

Si cette déclaration n'est pas soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité (art. 24).

Si, un associé faisant un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipulant à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale ne fait pas apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés (art. 4).

S'il n'y a pas eu approbation de l'apport où des avantages par une autre assemblée générale (3), après une nouvelle convocation (art. 4).

(1) La déclaration doit émaner de *tous* les fondateurs. Alger, 19 juin 1895 (J. S. 97, 53).

(2) Tribunal com. Lyon, 25 juin 1898, (*le Droit* 10 septembre 1898).

(3) Un apport déguisé sous forme de vente et non soumis à vérification entraîne la nullité de la Société : Cassation, 14 juillet 1873 (S. 74, I. 424), 13 mars 1876 (D. 77, I. 49).

Si cette seconde assemblée statue sur l'approbation des apports ou des avantages sans qu'un rapport ait été imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours (1) avant la réunion de cette assemblée (2) (art. 4).

Si la majorité qui prend les délibérations ne comprend pas le quart des actionnaires et ne représente pas le quart du capital social en numéraire (art. 4).

Si les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages particuliers ont pris part au vote d'approbation (art. 4).

Si les statuts ont stipulé que les actions seraient mises au porteur avant leur libération complète — ou que les actions d'apport seraient négociables avant deux ans — ou que les actions seraient négociables avant le versement légal (3).

Nullité encore, prononcée par l'article 56 :

Si dans le mois de la constitution (4), on n'a pas déposé au greffe de la justice de paix, et au Tribunal de Commerce du lieu dans lequel est éta-

(1) Voir Cassation, 9 novembre 1894 (J. S. 95, 14).

(2) Si deux rapporteurs sont nommés et que le rapport soit présenté par un seul, le rapport est nul, la Société aussi : Douai, 7 février 1895 (J. S. 95, 323).

(3) Voir Cassation 14 juillet 1873 (S. 74, 1. 425).

(4) Cassation, 1 février 1881 (S. 83, 1. 415). Marseille 11 octobre 1888 (R. S. 89, 209). Bordeaux, 4 mars 1885 (R. S. 85, 545).

blie la société : un double de l'acte constitutif (1) s'il est sous seing privé, ou une expédition s'il est notarié (art. 55).

Si à cet acte constitutif, on n'a pas annexé : 1^o une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart; 2^o Une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée dans les cas prévus par les articles 4 et 24; 3^o la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les noms, prénoms, qualités, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux (art. 55).

Si, dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées n'a pas été publié dans un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales (art. 56).

S'il n'est pas justifié de l'insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire, et enregistré dans les trois mois de sa date (art. 56).

N'est-ce pas avec une surprise un peu inquiète que l'on constate ce nombre considérable d'hypothèses de nullité — et que l'on voit la même sanction intervenir lorsqu'on a simplement omis une des pièces dont la publication est exigée aussi bien

(1) Il faut un double de l'acte constitutif *en entier*.
Rennes 3 août 1894 (J. S. 95, 395).

que lorsqu'on a complètement négligé par exemple de faire approuver les apports par une assemblée générale ?

Et qu'on ne s'y trompe pas : autant de cas de nullité, autant de pièges dressés sous les pas des fondateurs de sociétés. Ceux-ci peuvent faire preuve de la plus grande vigilance, suivre pas à pas, scrupuleusement, toutes les prescriptions de la loi ; ils ne seront jamais certains d'avoir satisfait à toutes ses exigences.

En veut-on des exemples ? Le capital doit être souscrit en totalité, dit la loi. Mais cette souscription est obtenue par autant de contrats distincts qu'il y a de souscripteurs, ceux-ci s'engageant à remplir les obligations que leur imposent les statuts en échange des avantages qui leur sont conférés. Chacun de ces contrats est soumis aux règles du droit commun, et malgré la vigilance et la bonne foi des fondateurs, il peut arriver qu'un des souscripteurs ait contracté lorsqu'il était incapable (1). Si le contrat de souscription est annulé, le capital

(1) Un mineur par exemple, Seine 5 décembre 1885 (J. S. 91, 334). Toulouse 19 mars 1903 (*Gazette des Tribunaux* midi 26 avril 1903).

Un tuteur ou un mineur émancipé agissant sans une délibération du conseil de famille homologuée par le Tribunal. Seine 1^{er} décembre 1885 (J. S. 91, 379). Un dément, Pau 15 juin 1896 (J. S. 97, 431). Voir aussi : Paris 21 mai 1884 (S. 15, 2. 97).

n'a pas été souscrit en totalité, malgré les apparences, et voici que la société se trouve nulle par voie de conséquence.

Il en est de même des contrats d'apports qui peuvent être attaqués pour dol, erreur sur la substance, incapacité de l'apporteur, et entraîner la nullité de la société, bien qu'on les ait approuvés régulièrement (1).

Voilà donc des règles du droit commun qui viennent s'ajouter à chaque règle spéciale de la loi des sociétés pour multiplier les cas de nullité. Ce n'est pas tout. En effet, l'acte de société doit être déposé chez un notaire lors de la déclaration notariée. Or, il existe une loi du 25 ventôse an xi (2) qui interdit aux notaires de « recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe — et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement — seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ». Le notaire doit donc refuser son ministère quand un de ses parents au degré prohibé est fondateur ou simplement souscripteur, ou bien quand il a lui-même souscrit des actions. La sanction de

(1) Cassation, 10 novembre 1897 (S. 97, I. 505). — Disons aussi qu'une Société entre époux est nulle, même quand il y a d'autres associés. Paris 10 décembre 1896 (D. 97, 2, 125).

(2) Articles 8 et 68 de la loi de Ventôse an xi.

cette prohibition est la nullité de l'acte reçu par le notaire, en l'espèce nullité de la société, et les tribunaux ont été jusqu'à prononcer la nullité lorsque le notaire avait souscrit, bien que ce fût par l'intermédiaire d'un prête-nom, et que la société l'eût complètement ignoré ! (1)

Et ce sont là de simples exemples, qu'il serait facile de multiplier ; mais l'étude détaillée de chaque cas de nullité se trouve dans tous les traités spéciaux, et c'est un exposé de doctrine que nous tentons ici.

D'ailleurs n'en avons-nous pas assez dit déjà pour prouver ce que nous voulions avancer : que les règles à observer pour échapper à la nullité sont tellement nombreuses, tellement variées, se dressent sur le chemin des fondateurs d'une façon si imprévue, que ceux-ci ne peuvent pas être sûrs, quelque vigilance qu'ils aient déployée, d'être à l'abri de toute attaque ?

Et pourtant, nous n'avons parlé que des cas nettement déterminés par la loi, sur lesquels tout le monde est d'accord ! *Que dire de ceux sur les-*

(2) Cassation, 11 décembre 1888 (J. N. article 24 169). Voir aussi Bordeaux 21 mars 1904 (Mém. Bordeaux 1904 1. 109). Lyon 14 juin 1895 (S. 96, 2, 213). Cependant les Tribunaux se sont refusés à prononcer la nullité lorsque le notaire n'avait souscrit que quelques actions. Orléans 15 février 1888 (R. S. 88, 307). Rouen 14 décembre 1875 (S. 76, 2, 99).

quels on n'est pas fixé, autour desquels se livre, à propos de chaque espèce nouvelle, une vraie bataille juridique, dont les fondateurs, malgré tous les avis dont ils se sont entourés, ne sont jamais certains de sortir vainqueurs (1) !

Dans cette catégorie, nous pouvons prendre comme exemple l'application de la nullité à des articles de la loi qui ne sont pas expressément visés par l'article 41 ou l'article 56. En effet, à côté des prescriptions que nous avons énumérées, il en est d'autres qui visent exactement les mêmes points et qui complètent la réglementation ainsi établie sans qu'on puisse saisir pourquoi le législateur ne les a pas sanctionnées de la même façon. C'est ainsi que les articles 27 et 30 viennent se combiner avec l'article 4 pour déterminer les conditions à remplir pour que les assemblées constitutives puissent délibérer valablement. Les règles qu'ils édictent sont aussi importantes que celles de l'article 4, qu'elles viennent ainsi compléter. On ne voit donc aucun motif pour justifier le silence de l'article 41 sur la sanction des articles 27 et 30. Pourquoi déclare-t-il nulles les sociétés fondées en

(1) Voir par exemple Houpin, op. cit. n° 540, et les renvois : toutes les modalités des infractions aux formalités sanctionnées par la nullité, ainsi que les principaux arrêts de jurisprudence, s'y trouvent analysés.

contradiction de l'article 4 et laisse-t-il de côté celles que nous envisageons ?

On a prétendu qu'il ne fallait voir là que le résultat d'un oubli et qu'il y fallait suppléer en assimilant les deux hypothèses et en étendant la sanction de l'article 41 aux articles 27 et 30. Mais la nullité, répondent les adversaires de cette théorie, n'est point expressément stipulée. « On ne pourrait suppléer au silence de la loi à cet égard que si la nullité pouvait être déduite d'un principe général, ou s'il y avait, dans la loi même, une disposition dont on pût argumenter par *a fortiori* ou par analogie. Or, il n'en est pas ainsi » (1).

De là des controverses, à la suite desquelles la jurisprudence s'est décidée, en effet, à étendre la nullité aux articles 27 (2) et 30 (3).

Après une discussion qui s'est prolongée davantage encore, elle semble avoir pris la même décision à l'égard des articles 57 et 58 (4) qui énumèrent

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit. 212.

(2) Bordeaux 12 mai 1897 *Gazette du Palais* 10 août 1897.

(3) Angers 27 juillet 1887 sous cassation 22 février 1888 S. 88, 1 417 (note de M. Lacointa). — Cassation 18 octobre 1899 S. 1901, 1. 81). Voir Thaller 3^e édition n° 536. — Doctrine hostile en général.

(4) Paris 29 décembre 1885 (S. 86, 2, 41). — Cassation 8 mars 1881 (S. 81, 1. 257). Cassation 2 mars 1885 (D. 85, 1. 445). Douai 19 février 1892 (R. S. 92, 248). Cassation

les énonciations de l'extrait qu'on doit publier par voie de journal conformément à l'article 56 (alin. 1) et à l'égard de l'article 59 qui prescrit, pour chacun des arrondissements où la société a des succursales, la même publicité qu'au siège principal.

Les controverses sont-elles éteintes sur un point, d'ailleurs, c'est pour se rallumer sur un autre aussitôt. Quand il ne s'agit pas de l'application de la nullité à un article qu'elle ne visait pas, il s'agit de l'interprétation d'un mot ou d'une règle, la nullité de la société se trouvant toujours l'enjeu du procès.

C'est ainsi que l'on discute encore sur les conditions qui sont nécessaires pour réduire le capital social lorsque le montant indiqué (1) aux statuts

7 novembre 1899 (D. 1900, 1. 369). Houpin 1020. Pont 1225. Goirand 231. Lyon-Caen 212. *En sens contraire* : Cassation 14 décembre 1886 (S. 87, 1. 310). Rouen 10 mars 1897 (J. S. 97, 398). Seine 9 novembre 1899 (J. S. 99, 90). Arthuys n° 809. Les autorités et les arrêts sont les mêmes en ce qui concerne l'article 59

(1) Une clause des statuts autorisant la majorité à lier la minorité est-elle valable ? *Oui* : Seine 7 janvier 1885 (R. S. 85, 359). Paris 27 décembre 1899 (J. S. 1900, 221). Bordeaux 16 février 1903 (J. S. 348). Houpin 448. Mouret 49. Lyon-Caen 691.

Non disent les autres, il faut l'unanimité des actionnaires pour prendre une telle décision : Thaller 512. Pont 886. Floucaud-Pénardille 324. Cassation 10 avril 1889 (J. S. 89, 126). Nancy 5 novembre 1875 (*Gazette des Tribunaux* 11 novembre 1875). Paris 21 mars 1905 (J. S. 95, 358). note de M. Houpin.

n'a pas été entièrement souscrit ; ou bien sur les conditions requises pour modifier les statuts eux-mêmes avant la constitution définitive de la société (1) ; ou sur la façon de calculer la moitié du capital social dont la représentation est exigée par l'article 30 lors des assemblées vérificatrices d'apports (2).

Quelles sont, d'autre part, la signification et la portée précises de mots tels que « apport » et « avantage particulier ? ». Voilà qui donne lieu à des discus-

(1) Les uns demandent seulement que les modifications soient approuvées par l'assemblée constitutive. Houpin 439. Seine 20 janvier 1883 (R. S. 83, 464) et 16 mai 1887 (R. S. 87, 450). Les autres veulent une délibération prise dans les conditions exigées aux assemblées extraordinaires comme au lendemain de la constitution : Thaller 542 et 501. Saint-Etienne 20 juin 1901 (J. S. 03, 310). Lyon 16 décembre 1902 (R. S. 13, 184). L'opinion dominante veut l'unanimité pour modifier les éléments essentiels et la majorité pour les autres. Voir Mouret n° 25.

(2) Les actions de numéraire souscrites par les apportateurs en nature entrent-elles en ligne de compte ? *Oui* disent les uns : Paris 17 février 1892 (J. S. 92, 171). Paris 14 avril 1892 (D. 92, 2, 347). Alger 13 juin 1895 (D. 96, 2, 307). Lyon-Caen 716. *Non*, disent les autres. Paris 17 novembre 1891 (S. 92, 2, 281). Paris 3 mars 1896 (J. S. 97, 61). Cassation 6 novembre 1894 (S. 95, 1. 113). Note de Lyon-Caen. Cassation 18 octobre 1899 (D. 99, 1. 567). Houpin 519. Arthuys 356. Voir Paris 9 mai 1904 *Gazette des Tribunaux* 17 août 1904.

sions plus de trente ans après la promulgation de la loi (1).

Sans doute, le législateur ne peut pas tout définir ; il ne peut pas prévoir toutes les éventualités qui viendront fatalement, par l'évolution des faits et des coutumes, élargir ou modifier le sens de ses prescriptions jusqu'à nécessiter un jour leur remplacement (il n'avait pas prévu les parts de fondateur).

Mais dans une matière aussi importante que celle des sociétés anonymes — par les intérêts considérables qui sont en jeu ; — lorsque l'existence même de la société est suspendue à l'interprétation que tel tribunal choisira pour déterminer la portée d'un mot ou d'une règle, on ne peut s'abstenir de signaler le rôle néfaste des cas incertains et des controverses qu'ils soulèvent.

La jurisprudence l'a bien compris, et après avoir étendu la nullité, comme nous l'avons vu, à des hypothèses pour lesquelles des raisons supérieures d'analogie et de logique l'exigeaient, elle a jugé utile de *restreindre cette application de la nullité aux prescriptions touchant la constitution même de*

(1) Voir sur le sens des apports : D. 1900, 1. 289, rapport de M. Cottelle et S. 1901, 1. 321, note de M. Wahl sous Cassation 3 janvier 1900.

Sur le sens des avantages : Lyon 3 décembre 1895 (D. 98, 2, 113) et les motifs.

la société, ses éléments essentiels, et elle a résolu-
ment refusé de prononcer cette sanction malgré
les termes de l'article 3, lorsqu'il s'est agi d'actes
postérieurs à la constitution qui étaient irréguliers, que ce fussent des conversions d'action
nominatives en titres au porteur avant complète
libération (1), ou des négociations prématurées
d'actions d'apport (2) ou même des négociations
d'actions avant la constitution (3).

Elle refuse aussi, malgré les textes, d'appliquer
la nullité à des infractions dont l'importance est
tout à fait secondaire, lorsqu'elles ne sont pas
l'indice ou le complément de fautes plus graves.
Citons ici comme exemples, le défaut de signatures
sur les registres de procès-verbaux, s'il est prouvé
que ces procès-verbaux sont exacts (4), ou bien des

(1) Lyon 11 août 1882 (D. 83, 2, 121). Paris 23 avril 1884 (D. 84, 2, 206).

(2) Cassation 9 novembre 1892 (D. 93, 1, 73), 15 novembre 1892 (S. 95, 1, 364). Tribunal com., Lyon 13 mai 1882 (J. trib. com. 83, p. 359). Houpin 338.

(3) Seine 16 décembre 1886 (J. S. 90, 344). Paris 23 mai 1887 (D. 88, 2, 73). Malgré le texte de la loi, et conformément aux explications du rapporteur de la loi (voir Tripiet, tome II, p. 464 à 466), la négociation est prohibée jusqu'à la constitution définitive et non seulement jusqu'au versement légal. Mais les tribunaux annulent la négociation seulement, pas la société.

(4) Paris 29 juillet 1880 (J. trib. com. 80, p. 636).

irrégularités secondaires dans la nomination des administrateurs (1).

Enfin elle interprète dans le sens le plus large les prescriptions dont l'application littérale eût conduit à des rigueurs inutiles, et, bien que la loi interdise aux apporteurs de prendre part au vote qui approuve leurs apports, elle admettra la validité de la délibération si, déduction faite de leur vote, la majorité requise est obtenue quand même (2).

Elle évite en un mot, chaque fois qu'elle le peut, d'appliquer la sanction très grave de la nullité, et elle s'efforce, sous la pression des besoins de la pratique, de tempérer une loi trop restrictive et trop formaliste. Malheureusement le nombre de cas de nullités est trop grand pour que la jurisprudence, malgré sa bonne volonté, réussisse à endiguer le flot montant de ces actions. Il n'est pas de recueil de jugements ou d'arrêts qui n'en soit rempli.

Si du point de vue pratique nous passons à l'examen doctrinal de la nullité, si nous cherchons à déterminer sa nature juridique, à *définir ses ca-*

(1) Art. 25 loi de 1867. Voir Pont 1050 et 1235, Lyon-Caen 813. Houpin 702.

(2) Cassation 6 novembre 1894 (S. 95, 1. 113) et la note de Lyon-Caen cassation 18 octobre 1899 (S. 1901 1, 81). Voir *Revue critique* 1902 p. 216, note de MM. Wahl et Arthuys.

ractères, nous nous trouvons en face de difficultés plus grandes encore.

On admet, en général, qu'il s'agit d'une nullité *d'ordre public*. « Elle a pour but de protéger, non seulement les tiers et les actionnaires, mais encore le crédit général qui peut être compromis quand des actions de sociétés vicieuses sont répandues sur le marché ». (1)

En nous reportant aux principes du droit, nous voyons qu'une telle nullité peut être invoquée par tous, qu'elle ne peut ni se couvrir, ni se prescrire.

Déjà cependant la loi de 1867 apporte une dérogation à ces règles, en interdisant aux associés d'opposer cette nullité aux tiers (2). Les associés resteront donc liés par des engagements dont la loi refuse, par ailleurs, d'admettre l'existence et que les créanciers peuvent, au gré de leurs intérêts, accepter ou rejeter. C'est déjà illogique, car la société nulle n'a pu agir valablement et doit se trouver dégagée comme les tiers avec lesquels elle a contracté : c'est de plus injuste, car c'est mettre dans une situation défavorable les associés, sans que souvent ils aient commis, à proprement parler,

(1) Lyon-Caen, manuel de droit commercial n° 263.

(2) Article 56 *in fine*. Il est unanimement admis que la même restriction s'applique à l'article 41 ; c'est par inadvertance qu'elle ne se trouve pas dans le texte de l'un tede l'autre article.

une faute ou un acte répréhensible. Mais le législateur est pénétré de cette idée qu'en matière de sociétés tout doit être de droit exceptionnel ; pour lui « cette nullité constitue une faute de la part des associés eux-mêmes, et s'ils peuvent l'invoquer entre eux, ils ne peuvent l'opposer aux tiers » (1). Par conséquent, si le contrat plaît au créancier, il le maintiendra de sa seule volonté.

En dehors de cette hypothèse, nous revenons, d'ailleurs, aux règles ordinaires de la nullité : *l'action en nullité appartient à tous ceux qui y ont intérêt* (2), à ceux qui ont causé la nullité comme à ceux qui en sont victimes, et les fondateurs, auteurs du vice de constitution qu'ils invoquent, peuvent voir annuler la société sur leur demande (3). Elle appartient à des individus qui ne sont pas en rapport direct avec la société et qui n'auront aucun intérêt à respecter son existence si elle est prospère : tels sont, dans certains cas, les créanciers personnels des associés, qui peuvent se prévaloir de la nullité (4) pour faire rentrer dans le

(1) Tripier, commentaire de la loi de 1867. 1^{er} rapport de la commission, p. 120. Voir aussi Locré op. cit. tome I, p. 105.

(2) Angers 19 mai 1891 (*Gazette des Tribunaux*, 31 mai 1892).

(3) Besançon 3 août 1898 (J. S. 1900, 15).

(4) Cassation 7 juin 1904 (D. 04, 1. 455).

patrimoine de leur débiteur un bien qui avait été apporté à la société, par exemple. Elle appartient au débiteur social (1), s'il y a intérêt, comme au créancier social, au propriétaire d'une seule action (2) comme au plus gros actionnaire.

Ce qui montre bien que le danger est grand, ce sont les efforts faits pour y remédier : les fondateurs et administrateurs de sociétés, à juste titre effrayés de voir tant de personnes ainsi armées contre la société, ont cherché à réglementer autant qu'ils le pouvaient l'exercice de l'action en nullité par les actionnaires. Après avoir tenté d'introduire dans les statuts une clause « d'autorisation préalable » par l'Assemblée générale, que la jurisprudence a dû rejeter comme contraire au caractère d'ordre public de la nullité (3), ils ont imaginé une clause « d'avis préalable » dont la légalité discutable est maintenant admise (4). Mais cette clause

(1) Cassation 10 février 1879 (D. 79, I. 265), 14 juin 1887 (S. 87, I. 407).

(2) Paris 23 avril 1884 (D. 84, 2, 206), Paris 1^{er} juin 1889 (R. S. 89, 573). Toulouse 4 juin 1895 (J. S. 96, 3, 53). Paris 1^{er} juin 1904 (J. S. 05, 397).

(3) Paris 1^{er} juin 1904 (J. S. 05, 397).

(4) Rejetée par : Paris 19 février 1897 (S. 99, 2, 185 note de M. Wahl et J. S. 99, 166 note de M. Houpin) tribunal com. Lyon 31 décembre 1902 (*Gazette comm.* Lyon 21 avril 1904).

Admise par cassation 29 juin 1899 (Pand. franc. 1900, I. 369 note de M. Boutaud, commerce Lyon 4 février 1905 (*Gazette com.* Lyon 20 avril 1905).

elle-même n'est qu'un palliatif sans effet contre les actions dirigées par les tiers.

De son côté, la jurisprudence est venue ici encore au secours des sociétés attaquées dans la mesure où son pouvoir d'appréciation le lui permettait. C'est le tribunal qui apprécie si le demandeur a vraiment intérêt à la nullité ; et les tribunaux de se montrer très sévères : ils n'ont jamais hésité à rejeter une action en nullité qui n'était pas basée sur un intérêt véritable, même si l'intérêt avait existé lors de l'assignation et avait disparu seulement avant le jugement (1). La jurisprudence a été jusqu'à rejeter des actions en nullité parce que la nullité invoquée n'avait pas nui à la prospérité de la société (2).

En dépit de ces faibles obstacles qui n'arrêtent que bien peu de demandes, les tribunaux se sont trouvés débordés. Les adversaires des sociétés sont trop bien armés.

En effet, nous avons vu combien de cas de nullité peuvent être invoqués, combien de personnes peuvent s'en prévaloir. Ce n'est pas tout. Lorsque la société a victorieusement repoussé une attaque en nullité, peut-elle se considérer à l'abri d'assauts ultérieurs, peut-elle opposer la chose jugée à ceux

(1) Agen 23 juin 1903 (J. S. 1903, 513).

(2) Bordeaux 21 mars 1904 (mém. Bordeaux 04, 1. 109).

qui voudraient revenir sur une question déjà tranchée pour la faire juger à nouveau ?

En aucune façon. La chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties (1). Si donc la cause de nullité invoquée est un de ces cas sujets à controverse, ou qui reposent sur une question d'interprétation dont la solution peut changer avec les membres d'un tribunal, une victoire antérieure ne devra pas suffire à rassurer la société sur l'issue d'un nouveau procès.

Mais si, au contraire, la société a succombé, si un créancier ou un actionnaire a obtenu contre elle un jugement de nullité, tout est fini, elle est déclarée nulle à l'égard de tous (2). C'était, au point de vue pratique, la seule solution possible ; mais au point de vue juridique, cette différence de traitement, qui contribue à aggraver la position des sociétés, ne se justifie que difficilement. C'est une des conséquences regrettables d'un système mal équilibré.

Et la situation se trouvait bien plus grave encore avant la loi de 1893, car la nullité demeurerait irré-

(1) Cassation 5 janvier 1880 (J. S. 80, 360). Voir Seine 14 mai 1892 (R. S. 93, 34). Lyon 13 avril 1887 (J. S. 97, 424) critiqué par Lyon-Caen 231, Arthuys 387.

(2) Cassation 3 juillet 1873 (S. 73, I. 306). Seine 5 août 1890 (J. S. 91, 245). Voir Toulouse 4 juin 1895 (J. S. 96, 353). Houpin 545. Rousseau 1951.

parable et imprescriptible : si les administrateurs s'apercevaient d'un vice de constitution sanctionné par la nullité, il leur était impossible de réparer la faute commise. La société, même prospère, restait, pendant tout le cours de son existence, sous le coup d'une attaque en nullité.

C'était tellement excessif, qu'il en résulta des abus tout à fait imprévus : des agences se créèrent pour rechercher les vices de constitution des sociétés, acheter des actions de ces sociétés et les menacer ensuite d'une attaque en nullité pour se faire payer leur silence.

Devant ce résultat inattendu de la loi le législateur dut intervenir : en 1893 il permit aux sociétés d'accomplir tardivement les formalités qui avaient pu être négligées lors de la constitution, et de faire disparaître ainsi la cause de nullité.

« L'action en nullité n'est plus recevable lorsque, au jour de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. » (Art. 8 loi de 1867 modifié).

Désormais une société peut mettre fin à une situation instable au prix de quelques formalités. Encore faut-il signaler que l'on est loin d'être fixé sur les formalités à accomplir pour réparer certains vices de constitution. Ce sont là de nouvelles sources de discussion qui ne se règlent souvent qu'au détriment des sociétés en cause (1).

(1) Voir notamment Cass. 26 février 1908 (R. S. 08, 191)

La loi de 1893 compléta cette mesure en établissant une *prescription de dix ans* pour les actions en nullité (art. 8). Elle reconnaissait que, lorsqu'une société a pu vivre dix ans malgré un vice de constitution, elle ne doit vraiment plus être déclarée non viable au bout de ce temps. Il en résulte que, même si la cause de nullité n'a pas été effacée, aucune attaque en nullité n'est plus à craindre après dix ans d'existence.

Au point de vue doctrinal, nous nous trouvons ainsi en présence d'une nullité absolue qui peut se couvrir et se prescrire, qui ne peut être opposée par les associés aux tiers, qui, en un mot, a perdu ses attributs et *ne présente plus de caractère juridique défini*.

Au point de vue pratique, ces atténuations à la rigueur primitive ont rendu les plus grands services. Elles étaient nécessaires, et la loi, en les édictant, n'a fait que s'incliner devant les faits. Nous sommes donc loin de les regretter. Mais nous voulons retenir cette simple constatation : que la nullité de la loi de 1867 n'a pas pu subsister, et que le législateur de 1893, pour la rendre *supportable*, a dû créer des fins de non-recevoir qui dénaturent complètement l'œuvre de son prédécesseur.

Si donc il est vrai que la loi, suivant la célèbre définition de Montesquieu « est l'expression des rapports nécessaires qui dérivent de la nature

des choses », ne sommes-nous pas fondés à condamner la nullité dont nous nous occupons ?

Si plus simplement nous rappelons que cette nullité, mesure de protection, doit être exactement adaptée au but voulu par le législateur, nous pourrions nous étonner d'y trouver surtout un moyen d'attaquer les sociétés les plus sérieuses, et nous aurons le droit de demander la suppression d'une mesure qui, établie dans un but de sécurité générale, dépasse tellement ce but qu'elle vient enlever toute sécurité aux sociétés, même prospères, et à tous ceux qui sont intéressés à leur existence, de telle sorte que l'intérêt général souffre plus de la protection de la loi que des abus qui ont motivé cette protection. Elle ne remplit pas son but, elle ne doit pas subsister dans notre loi sur les sociétés.

Cette conviction en la faiblesse du système actuel en son inefficacité et son illogisme, ressortira davantage encore si nous envisageons *ses effets*. « La nullité, dit M. Planiol, est immédiate. Elle frappe l'acte aussitôt qu'il est fait. Par conséquent, il n'y a aucun moment où les effets de l'acte puissent se produire ; les parties ne sont pas plus avancées que si elles n'avaient rien fait, et elles sont libres d'agir immédiatement à nouveau comme si l'acte nul n'était pas intervenu : cet acte ne peut en rien paralyser leur liberté » (1).

(1) Planiol 339.

Or, sans pousser plus loin notre examen, nous pouvons affirmer déjà que cette règle ne s'appliquera pas à une société en pleine marche. Comment pourrait-on faire abstraction de son existence ? Des actes ont été accomplis en son nom, des intérêts ont été engendrés par le fait de cette existence, même provisoire ; il en est résulté une communauté d'intérêts, des engagements entre les parties. Ces engagements donnent nécessairement lieu à une liquidation et à un règlement (1).

Il a fallu, cette fois encore, abandonner le principe pour satisfaire aux besoins plus impérieux de la pratique, mais la loi n'est pas intervenue et c'est aux tribunaux qu'est échue la lourde tâche de concilier, dans la mesure du possible, les prescriptions de la loi et les intérêts en cause.

Les intérêts sont nombreux et complexes, aussi trouvons-nous, sur ce point, une jurisprudence toute de nuances.

Dans la plupart des cas, trois groupes d'intéressés se trouvent en présence : les associés, les créanciers sociaux, et les créanciers personnels des associés. Nous savons que les associés ne peuvent opposer la nullité aux créanciers ; mais les créanciers peuvent la leur opposer et peuvent se l'opposer entre eux.

(1) Cassation 24 juillet 1867 (S. 67, I. 328) et 19 juillet 1888 (R. S. 88, 463).

De là les conflits d'intérêts les plus variés, que la jurisprudence, renonçant aux règles générales, a dû trancher par autant de décisions particulières.

Tout créancier a donc le choix entre deux solutions : ou bien considérer la société comme valable ce qui lui permet d'exiger, comme dans toute liquidation l'exécution des contrats qu'il a passés avec elle, et de conserver les avantages qu'elle a pu lui accorder (1), ce qui l'oblige à exécuter, lui aussi, ses engagements ; ou bien considérer la société comme nulle, ce qui anéantit les contrats passés avec elle, agir contre les associés individuellement jusqu'à concurrence de leur apport pour réclamer les sommes qui lui sont dues — et demander, en outre, des dommages-intérêts aux auteurs responsables de la nullité.

Dans ces conditions, tout créancier qui estime que les marchés conclus sont avantageux pour lui va opter pour la validité de la société. En particulier, un créancier qui a eu la précaution de s'assurer une situation privilégiée, au moyen d'une hypothèque sur un immeuble social par exemple,

(1) On admet que le créancier qui a opté pour la validité de la Société peut la faire déclarer en faillite. Houpin 549. Lyon-Caen 239. Bordeaux 8 décembre 1870 (D. 72, 2, 22). Cassation 12 novembre 1894 (D. 95, 1. 38). 3 avril 1895 (J. S. 95, 390), juillet 1900 (S. 1904, 1. 190), *contra* Rouen 5 janvier 1898 (J. S. 98, 344).

aura tout intérêt à ne pas se prévaloir de la nullité, de façon à conserver le bénéfice de cette hypothèque.

Mais c'est ici que les choses se compliquent : les créanciers chirographaires de la société vont se hâter d'opter pour la nullité afin, justement, de l'opposer aux créanciers hypothécaires qui devront s'incliner et de faire tomber leurs hypothèques (1). Tous viendront alors au marc le franc se faire payer sur les biens de chaque associé individuellement, jusqu'à concurrence de sa part dans le fonds commun. Il ne peut plus être question d'actif social, en effet, puisque la société, personne morale, est censée n'avoir jamais existé.

Il peut arriver aussi que les créanciers sociaux se voient soustraire une partie de l'actif social par les créanciers personnels d'un associé. En effet supposons qu'un des immeubles sociaux ait été apporté à la société par un associé. Si la société est nulle, l'immeuble est censé n'avoir jamais quitté le patrimoine de l'apporteur et il y revient franc et quitte de toute charge du chef de la so-

(1) Cassation 11 mai 1870 (S. 70, 1. 42) 5 juillet 1879 (D. 80, 1. 123) 5 janvier 1886 (D. 86, 1. 122). Paris 12 février 1885 (R. S. 85, 47), Marseille 26 juillet 1894 (jurisprudence commerciale Marseille 95, 98). Voir aussi Rennes 6 mars 1869 (S. 69, 2, 254).

ciété (1). Si un créancier personnel de cet associé possède une hypothèque susceptible de porter sur l'immeuble en question, il ne manquera donc pas d'invoquer la nullité de la société pour faire revenir cet immeuble dans le patrimoine de son débiteur.

Ici encore, si un créancier de la société possède une hypothèque sur cet immeuble, il verra son gage lui échapper. De toutes façons nous voyons que l'actif social sur lequel les créanciers sociaux croyaient pouvoir compter, ne leur est plus entièrement réservé ; ils doivent subir le concours des créanciers personnels des associés (2). C'est là, nous semble-t-il, un des résultats les plus frappants et les plus injustes de la nullité de la loi de 1867. Elle est destinée à protéger les tiers, et pourtant nous voyons des créanciers en être les premières victimes !

D'autres complications se présentent lorsqu'il s'agit de liquider la *situation des associés entre eux*. Ici la jurisprudence, obéissant à son souci d'équité a été conduite à déclarer que la liquidation se ferait comme en cas de dissolution, *conformément*

(1) Cassation 14 avril 1893 (R. S. 93, 266), 7 août 1893 (S. 94, I. 260). 20 novembre 1902 (*Gazette du Palais* 1903 I. 61). *Contra* Angers 13 avril 1886 (J. S. 90, 267).

(2) Cassation 22 mars 1843 (S. 44, I. 759), 11 mai 1870 (S. 70, I. 42), 5 juillet 1879 (D. 80, I. 123), 5 janvier 1886 (D. 86, I. 122). Marseille 26 juillet 1894 (jurisprudence commerciale Marseille 95-98).

au pacte social (1). Il en résulte des conséquences diamétralement opposées à celles que voudrait la nullité. C'est ainsi que les avantages particuliers demeurent acquis malgré l'annulation s'ils avaient été approuvés régulièrement (2). La répartition des bénéfices et des pertes au lieu de se faire en raison des intérêts de chacun dans la société, se fait conformément au pacte social (3).

Les associés peuvent être contraints à effectuer ou à compléter leurs apports si les besoins de la liquidation ou le souci de maintenir l'égalité entre les actionnaires l'exigent (4).

Enfin le même souci d'équité amène la jurisprudence à valider les négociations d'actions antérieures à la dissolution (5), bien qu'en droit elles aient eu lieu avant la constitution même de la

(1) Cassation 15 janvier 1889 (D. 90, I. 471), 11 novembre 1892 (Pand. franc. 94, I. 153). Lyon 22 juin 1900 (la loi 9 juillet 1900). Amiens 22 novembre 1902 (recueil Amiens 1903, 12).

(2) Cassation 15 janvier 1889 (D. 90, I. 471).

(3) Cassation 22 novembre 1869 (D. 70, I. 205), 11 novembre 1873 (S. 74, I. 434). Bordeaux 26 mai 1897 (J. S. 98, 28).

(4) Cassation 15 novembre 1892 (Pand. 94, I. 153) Com. Marseille 22 novembre 1901 (recueil Marseille 02, I. 8).

(5) Cassation 9 novembre 92 (J. trib. commercial 93, 604).

société. Le contraire eût abouti à ruiner les opérations commerciales.

La nullité ne doit donc produire effet que pour l'avenir, le passé sera respecté.

Cependant d'autres décisions contredisent cette règle et notamment le point de savoir si les délibérations d'assemblées prises régulièrement subsistent semble très controversé (1).

Tout cela est bien compliqué, et n'est pas très logique. Que faut-il penser d'un système dont l'application entraîne un tel désarroi ? Pouvons-nous même ici parler de son application ? Mais nous venons de voir qu'il est impossible à appliquer !

Et ce n'est pas tout encore : l'irrégularité, causée de nullité, a pu causer un préjudice aux associés et aux tiers, du moins à certains d'entre eux. Ce préjudice doit être réparé, et c'est à ceux qui en sont responsables, aux auteurs de l'irrégularité, qu'incombe cette réparation.

C'est le principe que pose la loi, et rien n'est plus juste. Mais la façon dont elle en règle l'application en aggrave singulièrement les conséquences.

(1) *Non* : Seine 22 février 1886 (J. S. 91, 333). Houpin 568. — *Oui* : Arthuys (constitution des Sociétés par actions p. 104). Voir Mouret, 72, Pont 1265.

Au point de vue de la responsabilité, elle n'envisage pas les vices de constitution indépendamment de la nullité qu'ils entraînent. En conséquence, les deux actions — en nullité et en responsabilité — sont solidaires l'une de l'autre. *On ne peut obtenir réparation du préjudice causé qu'en demandant d'abord l'annulation.*

Il en résulte ceci : tous ceux qui ont subi un dommage par suite d'un vice de constitution et qui veulent atteindre les fondateurs et administrateurs derrière la société demandent l'annulation de celle-ci, même si ce vice ne l'empêche pas d'être prospère et s'ils n'ont pas d'intérêt direct à l'attaquer.

Le nombre des demandes en nullité est augmenté d'autant.

D'autre part, le préjudice causé par le vice de constitution qui motive l'annulation est augmenté des préjudices causés par l'annulation même (nous avons examiné le cas d'un créancier social hypothécaire), et ceci aggrave considérablement la responsabilité des fondateurs et administrateurs (1).

On ne peut méconnaître la portée de cette double aggravation : et de l'action en nullité et de la res-

(1) Cassation 5 juillet 1900 (D. 02, 1. 89), rapport de M. Cotelle et note de M. Thaller. Remiremont 19 juin 1902 (J. S. 03, 273).

ponsabilité. La tâche des fondateurs devient fort lourde.

Et cette action en nullité pour vices de constitution peut survivre à la dissolution de la société, et même à la prescription de trois ans des articles 8 et 42 nouveaux de la loi de 1867.

Quant à la responsabilité des fondateurs, notons encore qu'indépendamment de l'action spéciale résultant de l'article 42 de la loi de 1867, ils peuvent être rendus responsables, conformément au droit commun, des quasi-délits dont ils se rendent coupables lors de la constitution de la société. Le fait, pour un fondateur, d'avoir sciemment accepté et encouragé la souscription d'insolvables, en prenant d'accord avec eux les mesures nécessaires pour faire verser le premier quart des actions qu'ils ont souscrites, constitue par exemple un quasi-délit obligeant ce fondateur à réparer le préjudice qui en est résulté pour la société.

La jurisprudence, il est vrai, a tenté ici encore de limiter les effets de cette législation rigoureuse et de protéger les chefs de société, contre les attaques dont ils sont l'objet, en appliquant strictement l'article 7 de la loi du 1^{er} août 1893, aux termes duquel les fondateurs et premiers administrateurs ne sont responsables envers les tiers comme envers les actionnaires que du préjudice résultant de l'annulation de la société. Il faut donc

établir une relation de cause à effet entre la nullité de la société et le dommage causé (1).

Les tribunaux rechercheront, par exemple, si une société a fait faillite en raison du faible capital dont elle disposait à l'origine au lieu du capital nécessaire et nominal. Si la ruine de la société trouve son explication dans d'autres causes que la faute des fondateurs et la nullité, il n'y aura point de condamnation.

C'est au même désir de concilier les intérêts respectifs des fondateurs de sociétés et des tiers qu'il faut, à notre avis, rattacher la théorie curieuse et délicate distinguant entre les actions *sociales* et les actions *individuelles* en matière de sociétés. Cette distinction n'existe pas dans la loi, elle est de création purement jurisprudentielle. D'où procède-t-elle ? A quoi bon distinguer deux catégories d'actions ? N'est-ce point parce que certaines prescriptions des lois de 1867 et de 1893 ont paru trop rigoureuses qu'il a fallu créer un droit pré-torien pour remédier à leurs inconvénients ?

L'action en nullité, lorsqu'elle s'accompagne d'une action en responsabilité, se heurte à toutes les fins de non-recevoir possibles : quitus des assemblées générales — ratification expresse ou

(1) Voir notamment Bordeaux 30 mars 1908 (J. S. 1908 318).

tacite des vices de constitution — renonciation par les intéressés du droit de se prévaloir de la nullité. Si le droit des actionnaires de faire annuler la société subsiste (1) en raison du caractère d'ordre public de la nullité, du moins les fondateurs sont-ils dégagés de toute responsabilité ; et ce n'est pas une des moindres particularités du système !

S'agit-il, par contre, de l'exercice des droits individuels, on applique littéralement les règles du droit commun en matière de délit et de quasi-délit.

De même qu'on ne peut se dégager à l'avance de ses fautes lourdes, de même les tribunaux n'admettront pas les causes de ratification signalées ci-dessus pour l'exercice des actions individuelles (2).

Contre cette action individuelle, il n'y aura que la prescription de 30 ans et nous avons dit plus haut notamment qu'elle ne pourrait être détruite par la clause d'avis préalable insérée dans les statuts de sociétés.

C'est qu'il a fallu de toute nécessité, au fur et à mesure que cette théorie des nullités de sociétés se développait, la modeler pour lui permettre de

(1) Cassation 4 août 1882 (R. S. 83, 432). Seine 15 avril 1887, 17 décembre 1888, 30 avril 1889 (R. S. 87, 337, 89, 215 et 452). Cassation 10 octobre 1892 (D. 92, 1. 593).

(2) Cassation 1^{er} juillet 1897 (D. 98, 1. 569, note Thaller).

cadrer avec les besoins de la pratique. La nullité, c'était la ruine de la société et des fondateurs, c'était la responsabilité de ces derniers engagée trop loin. Il fallait limiter les espèces. La théorie de l'action sociale y pourvoit. Lorsque l'existence de la société n'est plus en jeu le droit commun suffit.

On aboutit donc, en résumé, à cet illogisme que la loi de 1893 va se trouver en réalité sanctionnée grâce au droit commun, en ce qui concerne les actions intentées contre les fondateurs pour cause de nullité, bien plus sévèrement et d'une façon beaucoup plus efficace en général, que par ses propres règles; — qu'elle-même émousse comme à plaisir, comme s'il s'agissait d'une arme trop dangereuse qu'elle ne saurait manier avec trop de précautions.

V

LE SYSTÈME ANGLAIS

Régime antérieur à la loi de 1900 : Un seul type de Sociétés par actions. — Simplicité des règles constitutives : le certificat d'incorporation, consécration indélébile de l'existence de la Société. — But voulu par le législateur. — Evolution de l'idée de responsabilité des fondateurs : prospectus ; loi de 1890. — Situation des actionnaires : le *statutory meeting*. — Les résultats du système.

Régime actuel : Le double enregistrement : premier certificat établissant l'existence de la Société. Second certificat nécessaire à la validité des opérations. Formalités intermédiaires. — Le prospectus. — Le *statutory meeting* et sa sanction. — La loi de 1907 : création des *private companies*.

Prenons comme point de départ de notre étude du système anglais, la loi de 1862 qui constitue la base juridique du droit des sociétés en Angleterre, et dont l'élaboration dura de 1856 à 1861 (1).

(1) La loi de 1862 est constituée par la réunion de plusieurs lois promulguées en 1856, 1857, 1858, 1859, 1861 qui se sont ajoutées les unes aux autres, légèrement modifiées et complétées — pour la former.

Elle crée trois types de sociétés (1) :

1^o Les compagnies *unlimited* — à responsabilité illimitée ;

2^o Les compagnies *limited by guarantee* — à responsabilité limitée par garantie, dans lesquelles chaque associé s'engage à l'avance à contribuer aux dettes pour une somme déterminée, en cas de liquidation ;

3^o Les compagnies *limited by shares* — à responsabilité limitée par actions.

Ces dernières sont de beaucoup les plus nombreuses (2) et les seules qui nous intéressent : ce sont nos sociétés anonymes. La loi anglaise n'a pas créé la catégorie des commandites par actions. Il lui a semblé inutile, lorsque la société possède un capital déterminé, de conserver, à côté des actionnaires, des personnes responsables *in infinitum* (3). C'est déjà une première simplification.

(1) Article 7, 8, 9, 10, *Companies act*. 1862.

(2) En 1894, sur 2.600 compagnies enregistrées, 2.500 sont par actions, 80 par garantie, 20 sont du 1^{er} type. Cette proportion, d'après le registrar, M. Purcell, est constante.

(3) Une disposition de l'act. de 1867 permet de stipuler que certains actionnaires seront responsables *in infinitum* et d'organiser ainsi des Sociétés en commandite (section 4 *companies act*. 1867) mais la pratique n'en usa pas. Le *Registrar* en 1894 déclarait que 6 compagnies seulement avaient utilisé cette clause depuis 1862, et

Ce ne devait pas être la seule.

Tandis qu'en droit français, la constitution de la société nécessite des formalités nombreuses et compliquées dont la non observation entraînera autant de motifs de nullité, on peut dire que le droit anglais résume toutes ses exigences dans un seul acte juridique : *le certificat d'incorporation*.

Avant le certificat d'incorporation, la société ne saurait avoir d'existence juridique, faire des actes quelconques. Le certificat d'incorporation va lui donner le droit de vivre et d'agir comme une personne civile.

Pour obtenir ce certificat les exigences de la loi ont été réduites au minimum : sept personnes au moins doivent signer un *memorandum* (1) — dont la loi détermine les énonciations, et qui expose le programme et les ressources de la compagnie — y adjoindre leurs *articles d'association* (règlements de la Compagnie) et porter ces deux documents à un bureau d'enregistrement spécial établi au ministère du commerce. Le *Registrar*, directeur de ce bureau, examine ces pièces et, s'il les trouve en règle, il les enregistre et délivre en échange le

que deux d'entre elles existaient encore, mais que dans ces deux compagnies la responsabilité du directeur n'avait été stipulée illimitée que pour une période de sept années (voir *report departmental committee* 1894 p. 9).

(1) Sect. 6.

certificat d'incorporation qui établit l'existence légale de la compagnie.

En quoi consiste l'examen du *Registrar* ? La loi est muette à cet égard. Il se borne en pratique à vérifier si les règles de forme ont été observées ; il s'assure que la raison sociale choisie n'appartient pas déjà à une autre compagnie (1) ; que l'objet de la compagnie est licite ; que les signatures ne sont pas fausses — ou les signataires incapables. Sur ces deux derniers points d'ailleurs son contrôle n'est guère efficace.

« Il n'y a, en général, dit un rapport du *Registrar* en 1894, aucun moyen de savoir si les signatures sont authentiques (*genuine*) ou si les personnes qui ont signé existent même. »

Je requiers des indications qui semblent désigner suffisamment chaque signataire et le lieu de sa demeure ; il faut aussi que les signatures soient attestées. Sous la loi actuelle, n'importe qui peut agir comme témoin. Il arrive parfois que les signataires se servent réciproquement de témoins. Les illettrés, les femmes mariées sont acceptés. Bien entendu, je ne sais pas si les signataires sont majeurs. Mais quand bien même je saurais qu'ils ne le sont pas, je ne me croirais pas le droit de refuser leur signature sous la loi actuelle. Des cas se sont

(3) Sect. 20.

présentées aussi dans lesquels des individus, agissant d'après un mandat verbal, ont réclamé le droit (*claimed*) de signer pour d'autres, en s'appuyant sur une décision intervenue dans le procès de *Whitley partners* (32 Ch. Div. 337) (1).

Le *Registrar* fait encore rectifier des erreurs telles que la confusion du capital-obligations et du capital-actions : les fondateurs déclarant dans le *memorandum* que le capital est « divisé en actions ordinaires, actions de préférence et obligations, comme si ces dernières constituaient une part privilégiée du capital, et non une dette » (2).

Là se borne son examen qui demeure, nous le voyons, très superficiel. Si le *Registrar* est satisfait, *il délivre le certificat d'incorporation*.

Dès ce moment, la société existe ; cette incorporation constitue en quelque sorte son état civil, et elle ne peut pas plus être annulée désormais qu'une personne physique, reconnue vivante, ne peut être déclarée inexistante.

Nous voici bien loin du système français ! — C'est qu'en France la société se forme en dehors de toute intervention officielle : ce n'est qu'à propos

(1) *Appendix to report departmental committee* 1894 p. 50.

(2) *Appendix to report departmental committee* 1894 p. 50.

d'un procès, longtemps parfois après la constitution, que la loi aura connaissance de son existence et qu'elle pourra refuser d'admettre cette existence, malgré l'évidence des faits, si la plus minime formalité a été omise.

En Angleterre, au contraire, la loi intervient par l'enregistrement, dès la création de la société, pour affirmer que celle-ci existe. *Cette consécration est indélébile* : la loi ne se déjugera sous aucun prétexte.

« Un certificat d'incorporation délivré par le *Registrar* sera la preuve concluante (conclusive evidence) que toutes les exigences de cette loi relatives à l'incorporation ont été observées » (section 18, loi 1862).

La règle est formelle et la jurisprudence l'appliqua de la façon la plus absolue. Ce fut lord Cairns qui eut l'occasion d'en fixer l'interprétation en 1867, dans le procès Peel (1).

Après qu'un memorandum avait reçu les sept signatures requises, un employé avait, sur une observation du *Registrar*, modifié si profondément les termes de ce document que le sens en était complètement faussé ; la valeur des signatures était en réalité annihilée, lord Cairns le reconnaissait lui-même, et le document constituait un véritable

(1) *Peel's Case 2 Chancery.*

faux (*forgery*) (1). Mais il avait été enregistré, un certificat avait été délivré, la société existait.

« Quand une fois le certificat est donné, affirma lord Cairns, aucune question ne peut s'élever sur ce qui s'est passé avant » (2).

Et il commentait ainsi cette règle : « Quand une fois le memorandum est enregistré et que la compagnie attend les actionnaires, et qu'elle est toute prête à fonctionner, ce serait de conséquences désastreuses, après tout ce qui a été fait, s'il était permis à chacun de retourner en arrière et de faire enquête (des années peut-être après l'enregistrement) sur les circonstances de l'enregistrement originel et la régularité des documents qui y concourent » (3).

N'est-ce point la condamnation la plus énergique de notre système français ?

Cette jurisprudence fut constamment suivie (4) jusqu'à la loi de 1900 qui vint poser de nouveau le principe avec une énergie plus grande encore.

Par conséquent dès le certificat obtenu, la compagnie peut commencer toutes les opérations pour

(1) Voir *Report select committee* 1898 déposition Palmer qu. 108. Voir aussi déposition Buckley qu. 1079.

(2) *Peel's Case* 2 *Chancery*.

(3) *Idem*.

(4) Une fois cependant, un juge, M. Justice Kekewich déclara que le *Registrar ne peut pas (is unable to)* incorporer

lesquelles elle a été créée sans avoir à craindre que son existence soit jamais mise en doute.

Nous voulons voir, dans ce système d'enregistrement, une analogie étroite avec ce qui se passe dans le même pays pour le régime des terres, et que l'on a caractérisé sous le nom d'*act Torrens* : c'est un système qui consiste à doter la terre d'une véritable vie propre, indépendante de celle de son propriétaire. Ainsi les questions de transmission sont fort simples et les difficultés de notre système hypothécaire français — où le principe de personnalité des hypothèques crée un tel enchevêtrement — disparaissent. L'immatriculation de la terre faite, le nouveau propriétaire investi ne saurait être dépouillé, il est à l'abri de toute revendication. Quelle simplicité et combien préférable au système français !

C'est la même conception qui prévaut ici ; ce qu'il faut, c'est que les tiers ne traitent pas avec un organisme imprécis. Bien déterminer l'individualité de la société, voilà l'important. Les intérêts particuliers, ainsi prévenus, pourvoiront au reste

une compagnie qui n'a pas le droit d'exister ; il s'agissait d'une signature fausse, qui réduisait à 6 le nombre des associés ; mais, devant la Cour d'appel, la signature fut reconnue réelle, et, sans résoudre la question de droit, les juges admirent l'existence légale de la Compagnie. Le principe ne fut donc atteint par aucune décision.

Le droit anglais se développe logiquement dans cet ordre d'idées. Il désire par-dessus tout que la question soit nettement posée, *que le public sache ce que les fondateurs ont voulu faire*, et dans ce but il a précisé ce que devaient contenir le memorandum et les articles d'association.

Le *memorandum* va fournir le signalement de la société, en mentionner les organes essentiels, ceux qui la distinguent des autres personnes morales et constituent son identité. En le consultant, nous allons connaître le nom de la société, sa nationalité, son objet, le montant du capital et des actions ; nous allons savoir que la responsabilité des associés est limitée (1).

Les *articles d'association* (2) sont plutôt des règles d'organisation intérieure : ils déterminent le fonctionnement de la société. C'est le règlement d'administration publique faisant suite à la loi. Leurs clauses peuvent être modifiées par les actionnaires en cours de route. Ils contiennent des règles dont la plupart se retrouvent dans toutes les compagnies, et le législateur s'est contenté, en ce qui les concerne, d'établir dans une annexe à la loi — connue sous le nom de table A — des articles types, applicables aux compagnies qui ne dressent pas

(1) Sect. 8, Compagnie actionnaire 1862.

(2) Sect. 14 et 15.

d'articles spéciaux. Peu de compagnies d'ailleurs s'en contentent (1/10 des compagnies enregistrées) car ils sont incomplets.

Il s'agit donc bien d'un simple programme, d'un exposé de conditions. Tous ceux qui désirent contracter, à un titre quelconque, avec la nouvelle compagnie, et qui, par là même, acceptent de se soumettre aux conditions qui la régissent, peuvent venir consulter ce cahier des charges. Ils sauront ainsi à quoi ils s'engagent, ils pourront contracter en connaissance de cause.

C'est tout ce que veut la loi. Cela lui permet de laisser aux fondateurs la plus grande initiative et la plus grande liberté pour déterminer les conditions qui seront les plus favorables à leur entreprise. Personne n'est obligé d'accepter leurs propositions et de contracter avec eux.

Il faut — et il suffit — que ces propositions ne puissent donner lieu à aucune équivoque.

Les Anglais pousseront cette façon de voir jusqu'à ses extrêmes conséquences logiques. C'est ainsi que les clauses du memorandum, qui au début sont immuables, vont pouvoir être modifiées moyennant certaines conditions de publicité.

Il semble logique, au premier abord, que ces clauses une fois enregistrées et livrées ainsi à la connaissance du public, demeurent les mêmes pen-

dant tout le cours de l'existence sociale, et la loi de 1862 avait formulé le principe suivant : (section 12). « Aucune modification des conditions posées dans le memorandum n'est possible ». Mais le cadre ainsi délimité parut vite trop rigide. Le législateur comprit combien il était difficile, par exemple, d'estimer, dès la constitution, quel capital nécessiterait l'entreprise en pleine marche, et il ne voulut pas que par suite d'une erreur d'appréciation une entreprise viable pût être gênée dans son essor. Il autorisa donc l'augmentation et la diminution du capital (1).

Mais, fidèle à son principe, il prit les mesures nécessaires pour que les intérêts en cause fussent ménagés et prévenus : et pour que la diminution du capital — gage des créanciers — fût légale, il exigea une *special resolution* appuyée d'un ordre du tribunal enregistré par le *Registrar*.

Il était tellement persuadé que c'était une simple question de publicité, qu'il en vint jusqu'à permettre de modifier l'objet même de la compagnie, le but de l'entreprise. Sur ce point le principe avait été méconnu d'abord, et la jurisprudence elle-même n'en avait pas bien saisi la portée (2). Ce

(1) Sect. 12, *Companies act*, 1862. Sect. 9 et 21 *Companies act*, 1867.

(2) *Company law amendment committee*. Report 1906 p. 20.

n'est qu'en 1875, dans un procès célèbre (1), que la règle fut affirmée par la chambre des Lords, reformant la décision des premiers juges. Elle rappela que toute société est incorporée par rapport à un memorandum, qu'elle n'est créée par la loi que pour un objet spécial tel qu'il est défini dans ce memorandum, et que « les pouvoirs dont elle peut légalement user pour la poursuite de cet objet doivent être expressément conférés par les prévisions du memorandum; ou en découler par *reasonable implication* » (2).

C'était une excellente formule qui fixa la jurisprudence : tout en respectant le principe, elle permettait de l'appliquer d'une façon libérale, et de suppléer à des oublis possibles en autorisant tous les actes qui pouvaient concourir d'une façon utile au but de la société.

Cependant, cette règle d'immutabilité du but assigné à l'entreprise, si juste qu'elle pût paraître, se révéla gênante dans certains cas ; il arrivait par exemple que par la force des événements, une branche secondaire de l'entreprise se développât de façon à devenir tout à fait prépondérante, nécessitant des pouvoirs, des transactions, une organisation, que n'avait pas prévus le memorandum.

(1) *Ashbury railway carriage and Iron Co Limited* contre *Riche* (L. R. 7, H. L. 653).

(2) *Idem*.

Les Anglais n'hésitèrent pas à supprimer cette entrave au développement des affaires (1). Que fallait-il pour qu'une telle modification pût se faire sans inconvénients ? Il fallait d'une part qu'aucune situation acquise ne fût lésée, et, d'autre part, que tous ceux qui pourraient avoir affaire à la compagnie dans l'avenir fussent prévenus.

Pour atteindre ce double résultat, la loi de 1890 qui vint autoriser la modification des prévisions du memorandum relatives à l'objet de la société, exigea confirmation par les tribunaux, et enregistrement, d'une *special resolution* votée à cet effet, la confirmation du tribunal ne pouvant être obtenue qu'en prouvant que tous les créanciers et tous les intéressés en général avaient été individuellement prévenus, et dédommagés le cas échéant. Le but reste donc toujours le même : prévenir le public.

Il est facile de comprendre, lorsqu'on a ainsi dégagé l'esprit dans lequel ont été conçues les règles de formation des sociétés anglaises, que l'annulation n'y ait pas trouvé place. Aucune condition de fond n'est exigée. Les tiers, souscripteurs ou créanciers, ne pourront donc être déçus que de deux façons : si les administrateurs de la compagnie sortent des limites qui leur sont tracées par

(1) *Companies act., memorandum 1890.*

le memorandum et les articles — ou s'ils trompent les tiers sur le contenu de ces deux documents. Mais de telles fautes n'empêchent pas la compagnie d'avoir le programme et les règlements qui sont enregistrés chez le *Registrar*, et s'il y a des tiers à qui ces conditions inspirent confiance, il ne faut pas annuler la compagnie parce qu'un administrateur s'est écarté de ces conditions ou les a dissimulées à certaines personnes. Le coupable sera puni, la victime sera indemnisée, mais tant que la compagnie, telle qu'elle est définie chez le *Registrar*, sera viable, la loi refuse de la frapper, au risque de léser certains intérêts qui ne l'ont mérité en rien.

C'est donc aux personnes que le législateur anglais va s'attaquer pour empêcher ou réparer les fautes et les manœuvres dolosives, c'est le dol qu'il va poursuivre sous toutes ses formes. Et nous allons assister en droit anglais, non à l'évolution de l'idée de nullité de la société, mais à *l'évolution de l'idée de responsabilité des fondateurs*.

Le point de départ de l'évolution est le droit commun. La loi de 1862 ne combat le dol par aucune mesure spéciale. Nous pouvons donc dire que son système se résume dans la formule suivante : maximum de liberté garanti par un minimum de responsabilité.

C'était pécher par excès de libéralisme. Des mé-

sures de répression sévères s'imposent en matière de société.

Les faits se hâtèrent d'en fournir la preuve et de 1862 à 1907 nous allons voir un patient et prudent travail de législation venir restreindre avec mille précautions les limites trop vastes fixées à l'initiative des fondateurs de sociétés et augmenter d'autre part les moyens d'atteindre ces fondateurs dès qu'ils dépasseront ces limites.

Dès la promulgation de la loi de 1862, les sociétés se créent de tous côtés. Les capitaux, alors en surabondance, se précipitent vers ce nouveau débouché :

18.000.000 £	s'engagent	ainsi	en	1861
40.000.000 £	—	—	en	1862
135.000.000 £	—	—	en	1863
145.000.000 £	—	—	en	1864

Comme on devait s'y attendre, les escrocs profitèrent de cet enthousiasme du public et du libéralisme de la loi. Pour attirer les capitaux, ils inventèrent l'art de rédiger un prospectus en présentant l'affaire la plus médiocre sous un aspect très engageant, sans tomber pourtant sous le coup de poursuites judiciaires.

La jurisprudence tenta bien de réagir (1), mais ses efforts ne suffirent pas. Le public, après avoir vu en peu de temps des sommes importantes englouties

(1) Voir BRUNSWICK AND C^o contre Muggeridge. 1861

dans des entreprises sans fondements sérieux, réclama des protections.

Le législateur intervint en 1867 et tenta de déterminer les énonciations du prospectus de façon à fournir aux souscripteurs une base d'appréciation solide.

Malheureusement la loi de 1867 fût votée hâtivement à la fin de la session parlementaire et la section 38, qui réglemente le prospectus, est loin d'être claire ou complète : « Tout prospectus... spécifiera les dates et parties de tout contrat passé par la compagnie ou par les promoteurs, administrateurs ou mandataires de ladite compagnie, avant l'émission du prospectus ». — L'indication est très insuffisante : pour donner quelque valeur à l'information, il faudrait au moins offrir les contrats eux-mêmes à l'inspection des intéressés. Or, il n'en est pas question (1). — Et puis on ne peut pas mentionner dans un prospectus tous les contrats passés par les promoteurs et administrateurs. On cite des cas où il y en a eu plus de mille !

Après bien des contestations (2), la Cour d'appel décida que les mots « tout contrat » voulaient seulement dire tout contrat *important* (*material*)

(1) Voir *Report departmental committee* n° 34.

(2) *Grover's case* I. Ch. D. 200 ; *Craig* contre *Phillips* 3 Ch. D. 722.

c'est-à-dire de nature à influencer le jugement d'un homme qui se demande s'il va souscrire ou non » (1).

La question n'était pas résolue pour cela ; il s'agissait de déterminer quels contrats étaient importants. Le juge pouvait estimer important un contrat que l'auteur du prospectus n'avait pas considéré comme tel : c'était entièrement une question d'appréciation. Or «... tout prospectus ne donnant pas les susdites indications sera considéré comme frauduleux de la part des promoteurs, administrateurs et agents de la compagnie qui l'auront émis sciemment (*Knowingly issuing the same*). Et cela, à l'égard de toute personne prenant des actions de la compagnie sur la foi de ce prospectus, à moins qu'elle n'ait eu connaissance de ce contrat (sect. 38, 2^e partie) ».

Voilà la sanction ! responsabilité personnelle de ceux qui ont commis la faute.

Mais elle était maladroitement appliquée.

En effet, s'il y avait désaccord entre l'appréciation du juge et des auteurs du prospectus sur l'importance d'un contrat, les tribunaux tenaient-ils compte au moins de la bonne foi des administrateurs ? En aucune façon :

(1) BAYART *op. cit.* p. 108. Voir *Sullivan v. Metcalfe* 5 C. P. D. 485.

« Vous omettiez dans un prospectus un contrat que vous croyiez sincèrement ne pas être *material*. Vous aviez même consulté un expert ou un solicitor qui avait partagé votre avis. Un souscripteur vous attaquait et prétendait que ce contrat était important; si le juge le trouvait tel, votre bonne foi ne pouvait vous protéger. — Dans la réalité des choses le contrat était important en dépit de votre opinion et puisque vous connaissiez *l'existence* de ce contrat vous « aviez émis un prospectus omettant la mention d'un contrat important » (1), vous étiez donc passible d'une action en indemnité pour cause de *fraud* » (2).

On voit quelle interprétation la jurisprudence avait donné aux mots *Knowingly issuing* qui déterminaient la responsabilité des émetteurs du prospectus.

La section 38 était inutile pour les tiers et mal-faisante pour les administrateurs (3).

Aussi ces derniers cherchèrent-ils à l'éviter, et ils prirent l'habitude d'insérer dans le bulletin de souscription, une *waiver clause*, clause de désistement par laquelle le souscripteur déclarait renoncer à invoquer la section 38 de la loi de 1867.

(1) *Twycross contre Grant* 2 G. P. D. 542.

(2) BAYARD *op. cit.* p. 110.

(3) *Buckley* déposition devant le select committee en 1898. Voir report n° 1390.

La jurisprudence, après avoir hésité, finit par admettre cette clause, que la loi ne défendait pas (1). Elle devint alors d'un usage presque universel.

Mais dans un prospectus on ne parle pas que des contrats préliminaires ; on cite des faits, on laisse entrevoir toutes les espérances que réserve l'avenir, en se basant le plus souvent sur des rapports d'experts.

Les faits peuvent être *inexact*s, les rapports peuvent être déformés. La section 38 ne parlait pas de ces fraudes, et la jurisprudence se montra très favorable aux administrateurs en obligeant ceux qui les attaquaient à prouver leur mauvaise foi, à prouver qu'ils savaient que ces faits étaient *inexact*s. C'était difficile — l'opinion s'émut — et le législateur intervint en 1890 par le *directors liability Act* qui renversa le fardeau de la preuve : les administrateurs doivent prouver depuis ce temps qu'ils croyaient vrai le fait reconnu faux. Ils ont, d'ailleurs, la faculté de se retrancher derrière l'opinion d'un expert s'ils en ont consulté un, et alors c'est au demandeur en responsabilité à prouver, à son tour, que l'expert désigné n'aurait

(1) *Bensuan* contre *Clark W. N.* (1897) 175. — *Greenwood* contre *Leather Shod wheel Co* (1900), 1. Ch. 421

(2) *Peck*, contre *Derry* en 1889.

pas dû inspirer confiance à ceux qui l'ont choisi. Malgré cette restriction, cette loi de 1890 semble avoir eu une influence réelle et salutaire sur les prospectus. « Je crois qu'elle a considérablement changé le ton et le caractère des prospectus », dit M. Smith devant le *select committee* en 1898, il ajoute d'ailleurs « mais elle demande à être complétée parce qu'elle ne traite pas des omissions de choses importantes (*material*) » (1).

Toutes ces mesures ne sont donc pas d'une efficacité absolue, elles présentent des lacunes, mais elles sont toutes orientées dans le même sens : la loi protège contre les administrateurs, en même temps que les souscripteurs individuellement, la compagnie elle-même. — Elle refuse de punir cette dernière des fautes des administrateurs bien qu'ils soient son expression vivante : dès qu'elle est incorporée elle devient un être distinct, vivant d'une vie propre, et qui doit être protégé contre toute tentative dolosive.

Quant aux souscripteurs, si cette réglementation leur permet de juger l'affaire à laquelle ils confient des fonds, ils n'en restent pas moins, une fois actionnaires, livrés au bon plaisir des administrateurs ; aussi la loi de 1867, pour compléter son œuvre de protection, leur a-t-elle fourni une arme nouvelle.

(1) *Report select committee* 1898 PALMER, n° 575 et suivant. BUDD 1896 p. 29.

La loi de 1862 les avait ignorés ; elle ne leur avait donné aucun droit de contrôle. Et pourtant, leur sort est lié à celui de la société ; ils ne toucheront de dividendes que si elle réussit ; ils perdront leur apport si elle échoue. Leurs intérêts à tous sont les mêmes ; il faut leur faciliter les moyens de se connaître, de se réunir, de se concerter pour la défense de ces intérêts.

Le législateur de 1867 s'est rendu compte de tout cela, et comme l'expérience avait prouvé que ni les chefs de l'entreprise, ni les actionnaires, ne prendraient l'initiative d'organiser ce contrôle, il ordonne qu'une assemblée générale ait lieu dans les quatre mois de l'incorporation (section 39).

Mais comme il répugne à intervenir lorsque cela n'est pas absolument nécessaire, il se contente d'ordonner la tenue de cette assemblée, pensant bien qu'une fois réunis les actionnaires sauront agir, et il ne dit pas un mot du but et du programme de cette réunion.

Il ne faut donc pas là comparer à notre assemblée constitutive où les actionnaires sont mis au courant de toutes les décisions et démarches des fondateurs, du choix des administrateurs, pour les approuver de leur vote, et dont le rôle, le programme, le nombre et la qualité des membres, sont fixés par des règles innombrables et minutieuses dont chacune est sanctionnée par la nullité de la société.

Le *statutory meeting* aura lieu dans les quatre mois de l'incorporation, dit la loi anglaise ; les administrateurs ou signataires du memorandum qui sciemment négligent de la réunir seront passibles d'une amende de 5 £ par jour de retard (sect. 39). Et la loi s'arrête là.

Nous pouvons consulter les juriconsultes et les hommes d'affaires anglais — dans les travaux préparatoires de la loi de 1900, par exemple — pour savoir quelle portée ils attribuaient à cette assemblée, dans quel esprit la loi l'avait ordonnée.

« L'intention du législateur, dit M. Smith (1), était que les gens qui avaient accepté de devenir associés fussent réunis et eussent, le plus tôt possible, une occasion de se rencontrer et de rencontrer les administrateurs, et de faire toute recherche et enquête sur la formation de la compagnie. »

C'est toujours le même souci de réserver à chaque associé sa personnalité, d'éloigner autant qu'il est possible, toute règle trop étroite capable de paralyser les initiatives. Chacun des associés n'est-il pas le meilleur juge de ce qui peut lui être nécessaire ? Lui montrer ce qu'il convient de faire, lui donner la possibilité de le faire, créer le cadre où il doit se mouvoir, n'est-ce pas suffisant ? Il faut bien se garder de le mettre en tutelle, c'est l'habituer à compter sur d'autres que sur lui.

(1) 1898 qu. 2074 *Report select committee.*

C'est là un esprit, un système, fort différent du système français où la loi, la bienfaisante loi, sert de refuge aux imprévoyants et semble vouloir apporter elle-même, à ceux qu'elle comble de sa protection, bonheur et richesse.

Quoi qu'il en soit, et dès ce moment, le système anglais présente un ensemble harmonieux dans lequel tous les organes essentiels existent déjà. Le vrai danger c'était, pour le droit anglais, la dissimulation des clauses véritables du memorandum et des articles, ou la violation du programme tracé. Par la publicité chez le *Registrar*, la réglementation du prospectus, la responsabilité de la loi de 1890, la réunion des actionnaires inaugurée en 1867, tout paraissait avoir été sagement prévu et organisé.

Ce fut pourtant insuffisant ; le système n'était qu'ébauché, en réalité. La loi fournissait des armes aux actionnaires, mais elle comptait sur eux pour les mettre en œuvre.

Ils trompèrent complètement son attente ; rien ne put secouer leur inertie et ils se livrèrent pieds et poings liés à ceux qui voulaient les duper. La théorie de l'initiative individuelle, si chère aux Anglais, avait donc fait faillite sur ce point. Le réveil fut amer.

Les actionnaires ne faisaient aucune enquête pour vérifier les allégations du prospectus et pourtant ils signaient la clause de désistement qui leur

enlevait le droit d'invoquer la section 38 de la loi de 1867.

Les actionnaires n'allaient pas au *statutory meeting* où les administrateurs se contentaient de remercier de leur présence, et d'encourager par de bonnes paroles, les quelques actionnaires présents (1), dans la proportion parfois de 6 sur 3.000 ! (2).

S'ils étaient pris de soupçons tardifs, ils se heurtaient aux droits exorbitants que les administrateurs s'étaient réservés par les articles d'association (3), dépouillant l'actionnaire de tout moyen de contrôle. De plus, comme les administrateurs se dispensaient souvent d'acquérir les actions de *qualification* exigées par les statuts, les actionnaires se trouvaient entièrement au pouvoir de gens qui n'avaient rien à perdre si la compagnie périclitait.

Il leur restait pourtant les recours de droit commun contre la fraude et l'action en responsabilité de la loi de 1890 ; mais on dut reconnaître qu'ils ne

(1) *Report select committee* 1898 n° 2032. Voir aussi 1897 n° 526.

(2) *Idem* Palmer n° 642.

(3) Voir par ex. *Southampton drug Co* enregistrée en 1882. *Appendix to report departmental committee, rapport du Président de la Société pharmaceutique de Grande-Bretagne*.

Aaron's Reef objet acheté 10.000 l revendu à la compagnie 180.000 l. (*Report select committee* 1896 p. 21), etc.

poursuivaient même pas ceux qui les avaient volés. Le ministère public ne pouvait pas, comme en France poursuivre directement la fraude. Il fallait intenter une action civile, de sorte que si le fraudeur était — ou savait paraître — insolvable, les parties lésées reculaient devant des frais inutiles et un résultat très problématique.

Dans ces conditions, on ne doit pas s'étonner que les lanceurs d'affaires aient abusé de la crédulité publique. On leur faisait la partie trop belle.

La situation se trouvait en réalité la même que celle que nous avons signalée en France avant 1856. Toutes les garanties attachées par le code à la société en commandite avaient été réduites à néant et le droit commun s'était trouvé impuissant à réprimer les abus de toute nature.

De même en Angleterre, toutes les règles spéciales des lois sur les sociétés se trouvant paralysées grâce à l'inertie des actionnaires, des abus analogues devaient se produire. Les appâts auxquels le public français se prenait le plus volontiers, étaient aussi ceux qui réussissaient le mieux en Angleterre et lorsqu'on parcourt les travaux préparatoires de la loi de 1900, on retrouve les mêmes plaintes qu'en France, lors de la discussion des projets de loi de 1838 et de 1856.

Un promoteur veut-il lancer une société dans le seul dessein d'en retirer le plus grand profit per-

sonnel par n'importe quels moyens, il obtiendra le patronage des grands noms de la Cité, de la Noblesse ou du Parlement, et parsèmera ses prospectus de noms « à courant d'air » qui entraîneront les souscripteurs. S'il n'obtient pas ce concours, il s'en passera et indiquera les noms quand même. « Des fondateurs ont, sur une demi-promesse ou la foi trop audacieuse dans un consentement, publié dans le prospectus ou dans les statuts le nom d'un individu parmi les administrateurs » (1), le tour a réussi, ajoute Manson, et le public a souscrit pour découvrir ensuite que le comité de patronage avait été nommé à son insu et refusait d'agir pour la société (2). Ces manœuvres étaient facilitées par la loi qui n'exigeait aucune formalité prouvant l'acceptation du poste d'administrateur, et encouragées presque par la jurisprudence qui validait la signature du memorandum donnée par un agent verbalement autorisé.

Dans le prospectus on faussait le sens des rapports d'experts (3), on multipliait les assertions

(1) MANSON, *op. cit.*, voir aussi *Scottish Petroleum Co* 28 Ch. D. 413. *Anderson's case* 17 Ch. D. 373. *Smith v. Chadwich* 20 Ch. D. 50. *Wainwright's case* 62 L. T. 30.

(2) *Marquis of Abercorn's case* 4 D. F. et J. 78. Aussi *Green's case*.

(3) *Mount Morgan Co* 56 L. T. 622. — *Greenwood v. Leather shod wheel Co* 1900, 1. Ch. 421. *Kent v. Freehold land Co*.

inexactes, on laissait dans l'ombre les mauvais côtés de l'entreprise, et si les souscriptions n'affluaient pas en dépit de ces manœuvres, on avait recours aux souscriptions fictives (1) pour faire croire au succès de l'émission.

En réalité on commençait les opérations commerciales avec un capital insuffisant, et la ruine venait bientôt enlever aux actionnaires tout espoir de revoir leurs capitaux, tandis que les fondateurs, grâce à un agiotage effréné, avaient trouvé moyen d'amasser des profits illicites, jusqu'au moment critique où ils avaient jugé prudent de se trouver — en apparence — insolvables et ruinés en même temps que la compagnie.

L'agiotage n'était pas le seul moyen employé pour s'enrichir aux dépens de la compagnie.

Un des fléaux qui entravèrent le succès de nombreuses entreprises anglaises fut la sur-capitalisation (2). La valeur de l'objet d'exploitation était, grâce à la complicité d'intermédiaires choisis par les fondateurs, majorée dans des proportions souvent inouïes lorsqu'on le revendait à la compa-

(1) *Ross contre Estates investment Co* (4 R. 3 Ch. 682). *Henderson contre Lacon* (5 Eq. 240). *Alderson contre Smith* (4 I. G. D. 348).

(2) BERARD, *l'Angleterre et l'Impérialisme*. — *Fortnightly Review* mai 1900. *Report departmental committee* 1894, p. XI.

gnie (1) ; le montant des souscriptions était absorbé par cette dette et on devait avoir recours à des émissions d'obligations pour fournir à la compagnie un capital de roulement. S'il y avait des bénéfices, la plus grande partie en était distribuée aux administrateurs et fondateurs qui s'étaient réservés par les statuts la part du lion.

Comme il y avait trop d'intérêts à satisfaire, on donnait tous les bénéfices, sans s'inquiéter de former des fonds de réserve. Il en résultait qu'à la première crise la compagnie, ainsi surchargée d'obligations trop lourdes pour l'importance de l'entreprise, ne pouvait offrir aucune résistance et s'écroulait.

Ce sont bien les mêmes abus qui avaient motivé notre loi de 1856.

Comment l'Angleterre allait-elle y parer ? Déjà la façon dont fut étudiée et élaborée la loi de 1900 nous révèle un tout autre esprit que celui qui présida à la préparation de notre loi. En France c'est dans un moment de crise que l'on étudie, hâtivement, la réforme. En Angleterre, une commission de réforme poursuit pendant six ans la plus minu-

(1) M. MALINS devant une commission de réforme réunie en 1877 cite le cas d'une mine achetée 40.000 l. et revendue à la compagnie créée pour la circonstance moyennant 400.000 l.

tieuse enquête, faisant appel au témoignage de tous les hommes compétents. En France il n'est pas de réglementation trop étroite, pas des anctions trop sévères ; en Angleterre pas un témoin qui ne supplie la commission d'apporter la plus grande circonspection dans les restrictions qu'elle apportera à la liberté des conventions.

Les résultats devaient, dans ces conditions, être très différents dans les deux pays ; nous allons le constater une fois de plus par l'exposé du système anglais nouveau.

La loi de 1900 ne change rien à l'ancien enregistrement. Comme par le passé, memorandum et articles d'association seront déposés chez le *Registrar* et celui-ci délivrera un certificat d'incorporation qui affirmera l'existence légale de la compagnie. « Le certificat d'incorporation d'une société, délivré par le *Registrar*, fournira la preuve qu'il a été satisfait à toutes les prescriptions de la loi sur les sociétés en ce qui concerne l'enregistrement et toutes les formalités qui les précèdent ou qui s'y rapportent, et que l'association dont il s'agit constitue une société ayant droit d'être enregistrée et dûment enregistrée conformément à la loi sur les sociétés » (1).

Voici donc la nullité une fois de plus écartée

(1) Section 1 *Companies act*. 1900.

avec une énergie qui ne laisse place à aucune équivoque. Le législateur de 1900 ne pouvait proclamer d'une façon plus nette qu'il se laissait guider par les mêmes principes que ses prédécesseurs. Malgré la nécessité d'édicter des sanctions plus rigoureuses, malgré l'exemple de plusieurs autres nations, il s'interdit d'annuler la compagnie incorporée.

Cependant il faut parer aux abus : l'expérience a prouvé que les conditions énoncées dans le memorandum, que les garanties promises aux tiers, n'étaient pas réalisées toujours, que les responsabilités imposées aux fondateurs ne suffisaient pas à assurer cette exécution du programme annoncé. Si la loi se refuse à frapper l'organisme social lui-même, comment donc va-t-elle intervenir ?

Elle intervient de la façon la plus ingénieuse : la société va naître, par l'incorporation, à la vie juridique, c'est vrai ; elle va pouvoir contracter, s'engager comme sous l'ancienne loi. Mais *elle ne contractera que sous condition suspensive*, et c'est là l'originalité du système nouveau.

La loi suit pas à pas la constitution de la société ; elle édicte certaines formalités par lesquelles elle se rendra compte que les promesses faites dans le memorandum deviennent des réalités ; et lorsque la société, déjà constituée en droit par le premier

enregistrement, est aussi constituée en fait, elle délivre *un second certificat d'incorporation* (1).

Dès ce moment seulement, tous les contrats déjà signés vont produire leur effet (2) : la condition s'est réalisée. Si au contraire la société n'avait pu réunir le capital qui est nécessaire à son existence, elle n'eût pas obtenu le second certificat, elle eût été mort-née, les contrats fussent devenus caducs. Les tiers sont donc dans une situation bien meilleure qu'auparavant : ils ont toujours affaire, dès le début, à un organisme bien déterminé et ils sont de plus, assurés que cet organisme n'est pas fictif.

Ainsi la loi de 1900 crée, pour la société incorporée, une période d'incapacité. C'est la gestation, pendant laquelle l'enfant conçu possède déjà des droits, peut hériter, bien qu'en réalité la naissance seule lui crée son état civil, c'est une minorité, pendant laquelle l'individu, bien que possédant déjà un état-civil ne peut cependant pas encore contracter valablement. Mais qu'on se garde de confondre les deux situations : la société peut faire tous les contrats qu'il lui plaît entre les deux enregistrements ; les contrats signés ainsi sont valables, mais ils ne deviendront exécutoires qu'à partir du

(1) Section 6 par. 2.

(2) Section 6 par. 3.

second enregistrement (1). C'est d'une simple incapacité d'exercice qu'est frappée la compagnie.

Ce second certificat, avons-nous dit, n'est délivré par le *Registrar* qu'après l'accomplissement de toute une série de formalités. Ne sont-ce pas autant de restriction à la liberté des conventions ? En apparence seulement, mais il suffit d'examiner un peu attentivement le nouveau système pour s'assurer que, loin de s'éloigner des principes qui l'ont guidée jusqu'à présent, la loi anglaise continue ici à les appliquer. Elle ne restreint pas — ou bien peu — la liberté des conventions ; elle s'assure seulement que les conventions librement acceptées sont fidèlement respectées. Qu'on en juge plutôt :

Les fondateurs estiment qu'un certain capital est indispensable à la compagnie pour commencer ses opérations ; c'est le *minimum de souscription* requis dans le memorandum.

La loi va s'assurer que ce capital est réuni avant le second enregistrement.

Elle exige d'abord, avant toute répartition d'actions (section 4) :

1^o La *souscription intégrale du minimum* de souscription — ou de la « totalité des actions offertes en souscription » s'il n'y a pas de minimum fixé ;

2^o Le *versement sur chaque action* du montant

(1) Section 6 parag. 3, loi de 1900.

exigé dès la souscription par le memorandum — au moins 5 o/o dit la loi. — Ce n'est pas tout à fait notre souscription totale du capital et notre versement du quart ; mais c'est la bonne foi des fondateurs assurée par l'exécution de leurs promesses. Voyons la sanction de ces règles : les administrateurs seront conjointement et individuellement responsables des sommes perçues, avec intérêts de 5 o/o par an si ces sommes ne sont pas immédiatement remboursées, en cas d'échec de la souscription (sect. 4, parag. 4).

En outre, il faut *que toutes les actions* formant le minimum de souscription *aient été réparties* et *qu'une déclaration atteste l'exécution de toutes ces formalités* avant que le Registrar accorde son second certificat (1). Un compte rendu des opérations de répartition viendra peu après appuyer cette déclaration (2).

La loi prend aussi des mesures pour s'assurer que les administrateurs désignés dans le memorandum ou le prospectus ont vraiment accepté ce poste et qu'ils ont acheté les *actions de qualification* (3), dont la possession est exigée par les statuts, et versé le montant des sommes dues sur

(1) Section 6 par. 1.

(2) Section 7.

(3) Section 2 par. 1.

ces actions (1). Trop souvent les tiers avaient été attirés vers la société par la déclaration qu'un homme en lequel ils avaient confiance était à la tête de la société — alors qu'il n'en était rien. Ceci ne pourra plus avoir lieu.

Lorsque toutes ces formalités sont remplies, le *Registrar* « certifie que la société est en droit de commencer ses opérations. Ledit certificat sera considéré comme établissant que la société est bien en droit de commencer ses opérations » (sect. 6, parag. 2).

En cas d'opérations prématurées « toute personne responsable de cette violation de la loi sera sans préjudice de toute autre responsabilité, passible d'une amende de 50 £ pour chaque jour que dure ladite violation » (sect. 6, parag. 5).

Le principe est bien toujours le même : tant que la compagnie est viable et qu'elle peut poursuivre le but pour lequel elle est créée, la loi ne veut pas qu'on l'arrête dans son essor ; il ne faut pas qu'elle voit son existence menacée par le fait de ceux qui la conduisent ; c'est à eux seuls de répondre de leurs fautes.

Rappelons seulement qu'en France, les formalités à peu près analogues qui tendent au même but sont sanctionnées par la nullité — de telle

(1) Section 6, par. 1.

façon que si quelques actions seulement ont été souscrites par un incapable par exemple, les administrateurs ayant été de bonne foi, une société au capital de plusieurs millions, en pleine prospérité, peut être déclarée nulle pendant dix ans après la constitution.

En dehors des règles toutes nouvelles que nous avons exposées, par lesquelles la loi intervient directement pour s'assurer par elle-même de la bonne foi des fondateurs, le législateur de 1900 réglemente à nouveau le prospectus (1) et tâche de faire besogne plus utile et plus efficace que son prédécesseur de 1867.

Il en détermine minutieusement le contenu, en obligeant les fondateurs à exposer en détail la situation exacte de l'entreprise au moment de l'émission. Le prospectus contiendra des informations complètes sur tout ce qui concerne : l'objet de la compagnie, la situation du capital, des propriétés de la compagnie — ses achats et ses ventes — les contrats importants qu'elle a passés — les intérêts et la rémunération des fondateurs, administrateurs, *underwriters*.

Il devra être enregistré (2) de façon qu'à toute

(1) Section 10.

(2) Section 9.

époque on puisse s'assurer qu'il est bien conforme aux exigences légales.

La loi s'est donc efforcée d'assurer l'exposition complète de tous les faits utiles à connaître pour que les souscripteurs puissent se faire une opinion juste sur les mérites de l'affaire.

Restait à assurer le contrôle réel et effectif des actionnaires. Il ne faut plus, en effet, que ceux-ci se tiennent ou soient tenus à l'écart des opérations de la compagnie. Ce sont leurs capitaux qui sont en jeu ; ils sont associés des administrateurs, et non bailleurs de fonds.

La loi de 1900 semble l'avoir compris et elle donne une grande importance au *statutory meeting*.

Celui-ci doit avoir lieu un mois au moins, trois mois au plus, après le deuxième certificat (1). Sept jours avant cette réunion, les actionnaires reçoivent un rapport qui leur donne la situation exacte du capital, des versements effectués, des motifs qui ont valu l'attribution d'actions d'apport, un relevé des recettes et dépenses, etc. (2)

Un exemplaire de ce rapport est déposé chez le *Registrar* (3).

Munis de ces renseignements, les actionnaires

(1) Section 12, par. 1.

(2) Section 12, par. 2.

(3) Section 12, par. 4.

peuvent discuter librement ; (1) l'ordre du jour n'est pas, comme en France, déterminé par la loi. Celle-ci prend seulement des mesures pour éviter un vote de surprise (2) et elle exige qu'on soumette à l'approbation de l'assemblée toute modification apportée à un contrat depuis la publication du prospectus (3). Pour le reste, elle s'en remet à l'initiative des actionnaires.

Mais comme elle attache une grande importance à cette assemblée, comme elle veut que ses exigences soient d'autant mieux respectées qu'elles sont réduites à l'indispensable, elle établit une sanction qui va tout d'abord nous surprendre.

Si le rapport préalable n'est pas enregistré comme elle l'exige, ou si l'assemblée n'est pas réunie dans les trois mois, *tout actionnaire peut demander la liquidation de la société* (4). Que sont devenus les principes du législateur anglais ? N'est-ce pas à la société même qu'il s'attaque cette fois ?

Sans doute la différence est grande entre la nullité et la liquidation. Mais en somme, nous avons constaté que nos tribunaux ont tendance à assimiler les effets de la nullité à ceux d'une liqui-

(1) Section 12, par. 6.

(2) *Idem.*

(3) Section 11.

(4) Section 12, par. 8.

dation, de sorte qu'en pratique les deux mesures semblent bien avoir quelque analogie.

Cette fois encore pourtant la ressemblance est toute superficielle, et loin de fournir un argument en faveur de notre système de nullités, la règle anglaise va nous apporter de nouvelles raisons de le condamner.

Qu'on se souvienne d'abord que si les effets de la nullité se rapprochent en France de ceux d'une liquidation, c'est parce qu'il n'a pas été possible, en pratique, de faire produire à la nullité les conséquences qu'elle exigerait logiquement : trop d'intérêts eussent été lésés.

D'ailleurs, là où notre loi décrète la *nullité obligatoire*, la loi anglaise se contente d'une *liquidation facultative* : la différence est grande. Il suffit d'exposer l'esprit de cette règle pour montrer que toute comparaison est impossible.

Que veut la loi anglaise, en effet ? — Donner à l'actionnaire le moyen de s'assurer par lui-même, une fois que la compagnie a pris corps complètement, qu'il s'est bien associé à une entreprise sérieuse, formée dans des conditions qui puissent lui inspirer confiance. Or, si les administrateurs évitent de lui donner les indications exigées par la loi, cela semble indiquer qu'ils ont quelque chose à cacher ; aux yeux de la loi cette dissimulation établit une présomption de mauvaise foi contre eux

et contre la compagnie qu'ils ont créée. Elle va donc en ce cas permettre à tout actionnaire de s'adresser aux tribunaux pour qu'ils fassent l'enquête à laquelle il n'a pu se livrer lui-même, par la faute des administrateurs.

Logique jusqu'au bout, le législateur laisse toute latitude aux juges, et, d'après le résultat de l'enquête, ils prendront la décision qui leur paraîtra la meilleure, celle que l'actionnaire eût vraisemblablement prise lui-même s'il avait été informé comme ils le sont (1).

Les fondateurs ont-ils donc simplement négligé de faire enregistrer leur rapport, le tribunal, après s'être assuré que ce rapport a été adressé aux actionnaires comme le veut la loi, ordonnera simplement que l'oubli soit réparé. De toutes façons, il se gardera bien de mettre la société en liquidation si elle est viable ; ce ne serait pas l'intérêt de l'actionnaire. Il *pourra* cependant aller jusque-là si l'enquête lui révèle que la compagnie ne repose pas sur des bases sérieuses et qu'il se trouve en face d'une entreprise lancée dans un but et par des moyens frauduleux.

(1) Section 12, par. 8 : «...Au reçu de cette requête (en liquidation) le tribunal peut ou ordonner la liquidation de la Société, ou donner des instructions pour faire enregistrer le rapport, ou bien prendre toute autre décision qui lui paraîtra convenable. »

Voilà toute la portée de cette sanction qui, au contraire de notre nullité, est vraiment une mesure de protection pour les actionnaires sans devenir une peine pour la société.

Résumons donc le système de la loi de 1900 : Un premier enregistrement vient déterminer l'individualité de la société, en fixer le programme. Dès le moment où elle se met en relations avec le public elle se présente à lui comme un organisme bien précis.

Mais pour avoir le droit d'agir, elle n'est pas moins soumise à l'obligation de s'en procurer les moyens. C'est cette obligation que la loi de 1900 va sanctionner en créant le second certificat d'incorporation sans lequel la société ne pourra pas commencer ses opérations, et qui ne lui sera accordé que si elle prouve avoir réuni le capital nécessaire à son existence.

D'autre part, il faut que le public auquel elle s'adresse pour obtenir ce capital ne soit pas attiré vers l'entreprise par des allégations mensongères ; il faut qu'il puisse croire ce qu'on lui dira. Dans ce but la loi détermine les énonciations du prospectus de façon qu'il devienne vraiment « l'exposé loyal fait par écrit des conditions dans lesquelles se présente l'entreprise. » (Thaller, *rev. polit. et parlement.* 35, p. 90).

Enfin la loi veut, la compagnie prête à fonctionner, que les actionnaires fassent un dernier

examen de la situation, avant de hasarder leurs capitaux dans des opérations qui peuvent les entraîner à la ruine, et qu'ils s'assurent par eux-mêmes que l'organisme social est complet, qu'il a toute la résistance nécessaire pour remplir le rôle auquel on le destine. C'est le but de l'assemblée générale, et du rapport qui la précède.

Quant aux sanctions qui assurent l'exécution de toutes ces règles, elles sont fort simples. En ce qui concerne la société elle-même, si elle ne parvient pas à réunir son capital et à obtenir le second certificat, elle n'aura connu qu'une existence toute théorique; il n'y aura pas lieu de l'annuler, puisque, grâce à l'incapacité temporaire dont elle est frappée, tous les contrats qu'elle aura passés resteront à l'état de projets, et que, par suite, il n'y aura pas de situation de fait à régler. Les fondateurs devront seulement rembourser les versements effectués par les souscripteurs, mais ceci ne regarde pas la société.

Si, au contraire, celle-ci obtient le second certificat, la situation est tout aussi claire : aucun retour sur le passé n'est permis, le certificat fournit une réponse victorieuse à toute réclamation. Si enfin l'assemblée statutaire est réunie comme le veut la loi, la société n'a plus à craindre d'être liquidée qu'en cas d'insuccès, ou lorsque son but sera atteint.

Ce n'est donc pas à la société que la loi s'attaque pour punir les infractions à ses règles. C'est l'auteur de l'infraction qui répondra de sa faute et qui sera passible d'une amende. Après chaque formalité qu'elle édicte, la loi a soin de prévoir une amende proportionnée à l'importance de la formalité, sans préjudice, nous l'avons vu, de toute autre responsabilité s'il y a eu dommage résultant de l'infraction.

La loi de 1900, malgré le soin qu'on avait mis à l'étudier, était pourtant incomplète. Toutes ces formalités ne s'appliquaient en effet qu'*aux compagnies qui adressent un appel direct au public*, c'est-à-dire à 15 0/0 environ des compagnies enregistrées (1). C'est volontairement d'ailleurs que la loi ne visait que cette catégorie de sociétés. Son intention n'était pas d'intervenir dans les conventions particulières, mais simplement de protéger l'intérêt public et l'épargne menacés par des entreprises frauduleuses.

La situation restait donc à peu de chose près la même qu'auparavant pour toutes les compagnies qui ne s'adressaient pas directement au public pour obtenir la souscription de leur capital : une fois le premier certificat obtenu, elles n'avaient

(1) Voir *Report of the company law amendment committee* 1906.

plus qu'à observer les nouvelles formalités concernant l'assemblée statutaire pour être en règle avec la loi.

Il était trop facile dans ces conditions d'échapper aux dispositions de la loi de 1900 : on *créait directement un marché* sur les actions au lieu de les faire souscrire par le public, à l'aide d'un prospectus ; de cette façon il n'était plus nécessaire de fournir aux futurs actionnaires les informations de la section 10.

Ceci prouvait qu'il faut moins s'attacher à la forme de lancement des actions qu'au but poursuivi par leur négociation.

La loi de 1907 est venue remédier à cet état de choses. Elle fait une nouvelle répartition des compagnies en deux grandes classes : les *private* compagnies et les *public* compagnies et elle qualifie de *private* compagnie toute « société qui par ses statuts :

- a. restreint le droit de transférer ses actions ;
- b. limite le nombre de ses membres à cinquante ;
- c. s'interdit aucun appel au public pour souscrire des actions ou des obligations de la compagnie » (1).

Cette nouvelle classe de compagnies demeure soumise à l'ancien régime : deux associés suffisent

(1) Section 37, *Companies act*. 1907.

même tandis qu'il en fallait toujours sept au moins jusqu'ici.

Mais toutes les compagnies qui ne répondent pas à cette définition sont maintenant obligées à divulguer tous les faits, à donner tous les renseignements que la loi de 1900 stipulait pour les compagnies à prospectus; celles qui n'en émettent pas doivent désormais déposer chez le *Registrar* un équivalent de ce document (1).

Au point de vue des sanctions, notons une innovation de la loi de 1907 : c'est l'amende infligée à la compagnie elle-même dans deux cas :

1^o Si un exemplaire du prospectus n'est pas enregistré (5 £ par jours) (2) ;

2^o Si dans les deux mois de la répartition d'actions ou d'obligations les certificats ne sont pas prêts (3).

Amende à la compagnie ! N'est-ce pas pour secouer enfin l'indifférence des actionnaires, pour les obliger à s'inquiéter davantage de l'accomplissement des formalités légales, à se mêler plus intimement à la vie de la compagnie ?

En 1862 la loi les a ignorés : ils sont traités comme de véritables tiers.

(1) Section 1.

(2) Section 3.

(3) Section 5.

En 1867, elle leur fournit un moyen de se rencontrer et de se concerter pour la défense de leurs intérêts.

En 1900, elle les renseigne, en quelque sorte malgré eux, et les oblige à s'intéresser à la façon dont la compagnie est mise à flot ; elle exige leur approbation pour la modification des contrats déjà passés.

En 1907 enfin, voilà qu'ils sont forcés, sous peine d'amende, de s'assurer que les prescriptions de la loi ont été bien remplies.

Ainsi, après avoir considéré la compagnie comme une personnalité indépendante, antérieure au groupement des actionnaires dont l'apport constitue pourtant son patrimoine, il semble que la théorie anglaise ait évolué peu à peu et que maintenant, tout en demeurant personnalité distincte de la personne des associés, la compagnie soit considérée comme étroitement liée d'intérêts avec eux, tout ce qui la concerne devant avoir sa répercussion sur eux, et non plus seulement sur ceux qui la dirigent.

VI

CONCLUSION

Les résultats de la loi de 1867. — La loi de 1907 et le projet de loi actuel. — Critiques de la doctrine et de la pratique contre le système des nullités. — Ce qu'il conviendrait de faire.

Tel est l'exposé des deux systèmes, diamétralement opposés. C'est pourtant le même objet qu'ils poursuivent : donner plus de sécurité à ceux qui traitent avec les sociétés ; permettre aux sociétés de se développer sans trop d'entraves et de difficultés.

Le système anglais, bien équilibré, nous apparaît comme le fruit d'une évolution lente et raisonnée. Il est resté, malgré tous les changements, simple dans les principes, l'effort continu s'est porté vers les responsabilités personnelles.

Toute différente est l'évolution du système français, que caractérisent au contraire les mesures de réaction prises à la suite de scandales trop retentissants. Il fallait réprimer ; aucune sanction n'était trop sévère ! La nullité intervint, pivot de tout le système, à la fois pour assurer l'exécution des

formalités légales et pour servir de base à la responsabilité très étendue des fondateurs et administrateurs.

Cette origine du système français permet de comprendre pourquoi les règles du droit commun en matière de nullités sont ici méconnues. Il s'agissait bien moins de protéger que de punir. Or, nous avons vu que la nullité doit être avant tout une mesure de protection, très rarement appliquée en raison de ses conséquences graves et qui portent souvent atteinte à des droits respectables autres que ceux qu'elle vise. Ici l'enchevêtrement même des intérêts en cause aurait dû arrêter le législateur qui ne pouvait en mesurer la portée, en graduer les effets.

Cependant si le résultat avait répondu aux mesures prises, nous pourrions justifier peut-être cette nullité. Mais il est facile de se rendre compte qu'il n'en est rien. C'est au législateur du nouveau projet de loi que nous allons le demander.

Il nous dira avoir constaté « que sur 100 sociétés, dont l'annulation a été prononcée, 70 à 75 avaient été viciées à l'origine par une constitution fictive... Les fondateurs empruntaient les fonds jusqu'à ladite constitution » (1).

(1) Exposé des motifs, projet de loi 1903.

Fictivité des souscriptions et des versements, évaluation exagérée des apports en nature, tels sont, comme en 1867, en 1893, les dangers signalés, les points faibles d'une législation déjà pourtant si remaniée.

C'est donc la faillite complète. La nullité ne remplit pas le rôle qui lui est assigné. Ses inconvénients n'ont pas la contre-partie nécessaire : l'efficacité.

Le droit anglais est-il moins bien partagé encore, quoique moins sévère, quoique ayant résolument écarté la sanction de la nullité ? Bien au contraire, les praticiens et le législateur, loin de se plaindre des mesures de la loi de 1900 n'ont cherché, en 1907, qu'à les étendre à toutes les sociétés qu'elles ne visaient pas au début (1). On peut dire qu'elles sont réellement efficaces — si on considère que dans toute œuvre législative il y a des imperfections et que le législateur ne saurait empêcher tous les dols, toutes les fraudes, toutes les erreurs. — Elles ont, en outre, le grand mérite de n'entraîner aucune vexation inutile et de ne point remettre en question les situations acquises.

En présence de ces constatations, il est curieux de se demander dans quel sens notre législation va

(1) V. *Report of the Company law amendment committee 1906 et l'Act de 1907.*

s'orienter : vers plus de liberté, vers plus de responsabilité des fondateurs ? Voilà qu'il nous est permis de l'espérer. Si nous consultons en effet la loi de 1907, nous sommes frappés des emprunts faits au législateur anglais. Nous adoptons la publicité du prospectus et nous la sanctionnons, non par la nullité cette fois, mais par la responsabilité des administrateurs et des fondateurs. Est-ce le commencement d'une évolution ?

Malheureusement non. Comme en 1867, comme en 1893, le législateur cherche seulement à perfectionner le système ancien. Il ne se pose même pas la question de savoir si les principes anciens sont fondés. Il se borne à constater qu'il ne faut pas tout bouleverser, qu'en matière législative le seul moyen d'aboutir est de se contenter de peu. Juste appréciation peut-être du travail des deux Chambres ! Mais nous ne saurions nous contenter de ce peu. C'est ainsi qu'il n'est pas question une seule fois, dans le projet, de la nullité. Tout l'effort va vers des complications nouvelles, vers de nouvelles règles de détail.

L'article premier du projet propose la création d'un bulletin de souscription qui contiendrait toutes les mentions essentielles à connaître pour que le souscripteur s'engageât en connaissance de cause (1). Cette mesure en elle-même ne saurait

(1) Art. 1, projet de loi. R. S., 1903, p. 343.

qu'être approuvée. « L'expérience a démontré, dit M. Chastenet, que si l'acte de société contient bien toutes les énonciations nécessaires pour éclairer le public, celui-ci est, le plus souvent, incapable de les y trouver à raison de l'ignorance où il est du formalisme qui préside à la confection de cet acte, et de l'ordre des mentions qu'il doit contenir. Il y a donc le plus grand intérêt à ce que le public trouve l'indication des clauses les plus importantes de l'acte de société dans les documents qui vont jusqu'à lui » (1).

Déterminer très nettement les rapports qui prennent place entre la société et chaque souscripteur pris individuellement, c'est en effet la formule à suivre en matière de société. Mais des sanctions individuelles doivent tout naturellement y correspondre et les sanctions générales deviennent inutiles. N'est-ce pas là d'ailleurs la formule anglaise ?

Pour éviter la fictivité des souscriptions et versements, le projet exige le dépôt des fonds dans un établissement de crédit. La signature de tous les administrateurs sera nécessaire pour retirer les fonds. Un reçu du dépôt sera joint, avec la liste nominative des souscripteurs, à la déclaration des fondateurs (2).

(1) Rapport de la commission. R. S., 1904, p. 367.

(2) Art. 1 du projet. — Le dépôt devrait se faire à la Banque de France, ou au Crédit Foncier ou à la Caisse des Dépôts et Consignations. La proposition avait été faite

Contre l'évaluation exagérée des apports, la commission n'a trouvé qu'un remède, la publicité ; et aux publications exigées par les articles 55 et 56 de la loi de 1867 — publications qu'elle conserve avec quelques modifications de détail (1) — elle ajoute la publicité qui fait l'objet de la loi de 1907 : publication au bulletin annexe du journal officiel, préalablement à tout appel au public par émission ou mise en vente d'actions, d'un prospectus détaillé permettant d'apprécier l'affaire, et de l'acte de société lui-même.

En outre, elle régleme la part de fondateur dont on s'est servi pour éluder l'interdiction de négocier les actions d'apport pendant deux ans : ces parts ne donneront plus aucun droit sur l'actif social, mais sur les bénéfices seulement (2).

Ainsi, loin de simplifier les formalités de consti-

déjà en 1884. Elle est en vigueur dans la loi italienne. — D'autre part, la déclaration qui devait être déposée jusqu'ici chez le notaire le serait désormais au greffe du Tribunal de commerce. Les Chambres de Commerce protestent contre cette innovation : V. notamment les rapports des Chambres de Commerce de Marseille et de Rouen (1905) qui affirment l'utilité d'un guide tel que le notaire pour constituer une société, et qui craignent de le voir remplacer par des agents d'affaires.

(1) Art. 17 du projet. V. aussi rapport de la commission. R. S., 1904, 372.

(2) Art. 3 et 4 du projet.

tution exigées en 1867, le projet y ajoute des règles supplémentaires, nouvelles sources de complications et, pour la plupart, nouvelles sources d'annulation.

Le projet ne songe pas en effet à modifier les règles de nullités. C'est une arche sacro-sainte à laquelle on ne touche pas. Il semble que le système doive s'écrouler sans elles.

Tel n'est pourtant pas le sentiment de nombreux esprits qui voudraient voir disparaître cette entrave à la formation et au fonctionnement des sociétés.

Déjà, en 1884, le premier en France, M. Thaller, notre éminent maître, s'élevait contre la nullité des sociétés, et dans une critique remarquable du projet de loi alors en discussion, il précisait sa portée réelle :

« Le projet, disait-il, fait bien de réduire à trois ans la prescription de l'action quand l'irrégularité a été réparée dans l'intervalle; *il aurait fait mieux encore en supprimant la nullité absolument. Ne serait-elle pas supérieure à la loi actuelle, celle qui déciderait que la découverte du vice originaire, à quelque moment que ce fût, laisserait la société debout et donnerait seulement ouverture à une action en dommages-intérêts contre les personnes coupables ?*

Tous les hommes versés dans les affaires s'accordent à dire que la nullité des sociétés a plutôt

aggravé les liquidations financières qu'elle n'en a facilité l'issue. La nullité est une arme perfide, dont des gens mal intentionnés se servent parfois à titre comminatoire, dans l'unique but d'intimider leurs adversaires et de les amener à composition ; nous étions sur le point de dire qu'elle est plus fréquemment un instrument de chantage qu'un préservatif. Comme le nombre des sociétés en mesure de répondre avec certitude de la régularité de leur fondation est assez restreint, comme, à la naissance de presque toutes, se sont produits des incidents sur la légalité desquels on peut dissenter, la menace de diriger une poursuite qui fera infailliblement tomber le cours des actions et aboutira, en cas de succès, à une liquidation hâtive et malencontreuse, forcera la main aux administrateurs, ils accepteront les transactions les plus désavantageuses pour conjurer un résultat ruineux, et consentiront à des sacrifices que ne justifiera pas toujours l'intégrité de leurs adversaires. C'est surtout en temps de crise, quand toutes les valeurs sont plus ou moins violemment secouées par l'effarement général, que le fait de traduire au banc d'accusation, par malice ou par imprudence, des sociétés anciennes, ayant déjà donné leur mesure, traversant une gêne passagère, peut consommer d'irréparables désastres » (1).

(1) J. S., 1884, p. 764 et 765.

Et M. Thaller cite, à l'appui de son opinion, les arguments par lesquels le législateur allemand et le législateur belge écartent le système des nullités de la législation des sociétés (1).

A côté de ces protestations de la doctrine, nous constatons aussi, parmi ceux qui sont mêlés journellement aux luttes de la vie commerciale, un mouvement de réprobation unanime contre la nullité.

C'est la Chambre de commerce de Marseille qui affirme que « le système des nullités aurait besoin d'être profondément modifié. Il est inadmissible que les tribunaux puissent être amenés parfois, pour un retard ou un oubli, à déclarer nulles après coup des sociétés correctes et viables. C'est une arme mise par la loi entre les mains des maîtres-chanteurs. Ce système archaïque n'est plus de notre temps et on y a renoncé à l'étranger » (2).

C'est M. Cellerier qui se plaint qu'on ne mesure pas la pénalité à la faute et qu'on « assimile les clauses très inégales de toute une série d'articles » (3).

Déjà M. Rousseau, en 1898, ne jugeant que la loi

(1) *Idem.*

(2) Compte rendu des travaux annuels de la Chambre de Commerce de Marseille, 1904 Rapport sur le projet de loi des sociétés.

(3) CELLERIER, *op cit.*, p. 303 et 305.

dans son état actuel, constatait que « malgré toutes les précautions, il y a toujours une fissure dans la charte sociale qui rend son annulation possible ou tout au moins permet aux mécontents de réclamer ou de gêner le développement de l'affaire » (1).

Que sera-ce désormais ? La Chambre de commerce de Rouen se le demande et s'en effraye : « Les formalités imposées par le projet étant fort nombreuses et compliquées, dit-elle, certaines d'entre elles peuvent être omises par simple oubli, sans aucune intention déloyale. N'est-il pas à craindre que les sanctions trop rigoureuses inscrites dans ce projet ne rendent très difficile le recrutement des administrateurs et n'écartent de ces fonctions des hommes honorables, intelligents, qui ne voudront pas courir le réel danger de pouvoir être assimilés, en cas d'omission ou d'erreur, à des banqueroutiers » (2) ?

Voici, en effet, l'innovation que nous réserve le projet de loi au point de vue des sanctions : Non content d'avoir augmenté les hypothèses de nullité, il aggrave la responsabilité des fondateurs et admi-

(1) Rapport au Ministre du Commerce sur la législation des soc. par act. en Angleterre et en Belgique, cité par LE HOC, *op. cit.*, p. 21.

(2) Compte rendu des travaux annuels de la Chambre de Commerce de Rouen, 1905. Rapport de M. LEMARCHAND, p. 49.

nistrateurs par des amendes ou de la prison, voir même, en permettant de les déclarer banqueroutiers simples ou frauduleux (1) !

Mais nous avons vu combien l'annulation de la société augmentait déjà la responsabilité. Le projet, en aggravant séparément la nullité et la responsabilité sans prendre garde qu'elles réagissent l'une sur l'autre d'une façon profonde, prépare de véritables désastres.

Ses auteurs ne se sont pas rendus compte de cela; ils ne sont pas les seuls. C'est ainsi qu'un spécialiste en la matière (2), a tenté de comparer les responsabilités des fondateurs en droit français et en droit anglais et qu'il est arrivé à cette conclusion que la législation française est plus libérale à cet égard que la législation anglaise. Si cette affirmation était exacte, il ne serait pas déraisonnable, en effet, d'augmenter les responsabilités de notre loi ; mais c'est une erreur qu'il serait dangereux de laisser s'accréditer.

C'est oublier, en effet, que la responsabilité des fondateurs et administrateurs n'est en droit français qu'une des sanctions de la loi. C'est laisser complètement de côté la nullité et la répercussion grave qu'elle peut avoir sur cette responsabilité.

(1) Art. 64 et 65 du projet.

(2) DECUGIS.

La comparaison dans ces conditions ne nous paraît pas possible ; il faut de toute nécessité envisager les deux systèmes dans leur ensemble.

Supprimons donc d'abord la nullité, nous pourrions ensuite chercher à rendre la responsabilité plus effective. C'est ce que réclame encore avec nous M. Vavasseur qui se demande pourquoi on empêche ainsi la société de fonctionner lorsqu'elle est prospère et lorsque l'irrégularité est peu grave. Puisque le projet, dit-il, améliore heureusement les mesures de publicité, et que le public sera mieux à même de juger l'affaire qu'on lui propose, ne conviendrait-il pas de supprimer la nullité lorsque la publicité aurait été faite et de rendre seulement les fondateurs responsables du préjudice causé par leurs irrégularités (1) ?

C'est la sagesse même, et c'est la confirmation de notre thèse.

La nullité est inutile et dangereuse : ou bien la société est prospère, en effet, et il est à la fois illogique et injuste de la déclarer inexistante ; l'intérêt général lui-même commande de la laisser vivre. Ou bien la société est en perte et on doit la liquider ou la mettre en faillite. En aucun cas on ne doit

(1) VAVASSEUR, Responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, spécialement en droit comparé. R. S., novembre 1907, p. 415. V. conclusion de l'article.

faire tomber le pacte social ; tous ceux qui ont traité avec la société ont accepté les conditions de ce pacte et ont traité en conséquence. C'est fausser la portée de tous les rapports juridiques auxquels la société s'est trouvée partie, que de supprimer les clauses de l'acte de société lors des règlements de compte.

Il faut donc, à notre avis, faire table rase des articles 41 et 56 de la loi de 1867 visant la nullité.

Mais par quoi conviendrait-il de les remplacer ? L'expérience a suffisamment prouvé, en France et en Angleterre, que la loi ne peut pas se fier aux seuls actionnaires pour assurer l'exécution des règles qu'elle édicte.

Nous demandons qu'elle intervienne, comme la loi anglaise, dès le début de la société. A se placer en face des faits, on se rend compte que « les Fondateurs seuls connaissent réellement l'entreprise qu'ils présentent au public. *Eux seuls débattent et discutent les statuts*. Le public ne connaît l'affaire que par le prospectus ou la réclame rédigés par eux ou sous leur inspiration » (1).

En conséquence, il faut selon nous envisager la société en dehors des actionnaires qui la composent ; il faut y voir un organisme nouveau, complètement déterminé avant tout appel au

(1) Réforme sociale, mars 1907, article de M. BAUGAS.

public, et qu'il importe essentiellement de bien préciser, afin que dès les premiers rapports avec les tiers, ceux-ci puissent connaître exactement la portée des propositions qui leur sont faites, et vérifier les allégations des fondateurs. Certaines conditions de forme seront requises dans ce but ; ce sera l'acte de naissance de la société qui sera ainsi dressé.

Aussitôt celle-ci entrera dans une seconde phase : de la conception on passera à l'exécution et la société se mettra en relations avec le public pour donner à l'organisme ainsi défini une existence réelle. Plusieurs séries de mesures seront alors nécessaires. Dans l'intérêt des souscripteurs, il faudra surveiller le bulletin de souscription ou le prospectus pour s'assurer que les propositions qui s'y trouvent sont bien d'accord avec l'acte de société. En outre, dans l'intérêt de tous ceux qui peuvent avoir affaire à la société, il faudra s'assurer de la *réalité de l'entreprise*, c'est-à-dire de l'accord entre le capital nominal et le capital réel. Ici, le droit anglais va nous fournir des indications précieuses. Nous voudrions que la loi, se substituant aux actionnaires, exigeât la preuve que ses règles relatives à la souscription et au versement du quart ont été observées.

Nous demanderons d'ailleurs une vérification plus effective que celle du système anglais.

Dans celui-ci le *Registrar* accepte la déclaration des fondateurs comme vraie lorsqu'il délivre son second certificat. Cela se conçoit fort bien car il ne peut matériellement pas se livrer lui-même à l'examen des opérations d'émission. Ce serait d'ailleurs sortir du rôle que la loi lui réserve : il a pleins pouvoirs de contrôle sur les questions de forme (1), mais sur celles-ci seulement.

Mais à défaut du *Registrar* ne pourrait-on déléguer la mission de vérifier la réalité de l'émission à un expert ?

C'est la solution à laquelle s'est rallié M. Thaller depuis longtemps, et nous l'adopterons sous la forme à laquelle l'éminent professeur s'est arrêté : nous demanderons la création d'experts assermentés, indépendants à la fois vis-à-vis du pouvoir et vis-à-vis des fondateurs, qui s'assureront de la souscription totale du capital et du versement effectif du quart des actions (2).

Cette corporation d'experts, M. Thaller en a puisé l'idée dans l'exemple de certains groupements

(1) C'est ainsi que lors du premier enregistrement où un certain nombre de formalités doit être rempli, le *Registrar* peut exiger tous éclaircissements qu'il juge utiles avant d'accorder son certificat d'incorporation.

(2) V. THALLER, J. S., 1884, p. 729 et Rev. Polit. et Parlem., t. 35, p. 108 et suiv.

d'experts anglais (1) qui doivent la confiance dont on les entoure aux preuves de compétence et d'impartialité qu'ils ont données pendant de longues années, et auxquels l'usage s'est introduit en Angleterre de confier l'évaluation des apports en nature. La loi a beau fournir à chaque actionnaire tous les éléments d'appréciation utiles pour faire cette évaluation, celui-ci n'a ni le temps, ni la compétence nécessaires pour les étudier. Un expert est tout désigné pour se livrer à cette étude et déterminer la valeur exacte des apports. Les Anglais l'ont parfaitement compris ; l'usage a comblé chez eux la lacune de la loi et créé l'organe qui était le mieux approprié à la circonstance.

Est-il besoin de dire que nous voudrions voir la même fonction attribuée en France aux experts assermentés ? La vérification des apports par les actionnaires n'a pas donné chez nous de meilleurs résultats que chez nos voisins ; elle peut être éludée de mille façons, il importe de la remplacer par une vérification plus effective.

La valeur réelle du capital-numéraire et du capital-apports serait donc fixée par des experts.

Toutes ces formalités, publicité du bulletin, vérification des versements et des apports, aboutiraient, comme en Angleterre, à un deuxième enre-

(1) *Idem.*

gistrement, qui serait indispensable pour que la société puisse fonctionner. Celle-ci verrait son développement entravé dès le début si elle ne parvenait pas à se constituer régulièrement ; dans le cas contraire, elle serait certaine de ne jamais voir son existence juridique mise en doute.

Ces mesures nouvelles exigeraient, selon nous, une organisation nouvelle aussi. Le fonctionnaire chargé du double enregistrement aurait un rôle bien plus important que celui dévolu actuellement aux greffiers : le certificat qu'il accorderait ou refuserait représenterait la véritable sanction des formalités légales, la responsabilité personnelle ayant surtout pour but de sanctionner les infractions aux conditions de fond qui auraient pu échapper à la vérification des experts. Ce *Registrar* français aurait donc un certain pouvoir d'appréciation qui exigerait de sa part une connaissance spéciale de la législation des sociétés. Son examen ne porterait que sur des questions de forme, c'est bien entendu, la question de fond étant réservée aux experts ; mais il est évident pourtant que les déclarations de l'expert devraient être accompagnées lors de l'enregistrement de toutes les pièces justificatives, qui seraient à déterminer, et dont le *Registrar* vérifierait la présence et la régularité de forme. Celui-ci interviendrait dès la naissance de la société : c'est chez lui qu'on déposerait les statuts, memorandum,

liste des fondateurs, liste des administrateurs — et peu après le prospectus — de l'organisme nouveau ; il aurait à s'assurer de la régularité apparente de ces pièces de façon qu'on n'ait plus à revenir ensuite sur le passé pour des questions secondaires.

Dans ces conditions la création d'un bureau central d'enregistrement des sociétés deviendrait indispensable, mais on ne doit pas s'en effrayer. M. Linol ne disait-il pas récemment dans *Le Temps* que rien n'était plus facile, que tous les éléments de cette organisation nouvelle existaient déjà, qu'il suffirait d'un décret du ministre pour en faire une réalité ? Quant aux services pratiques que rendrait cette organisation, ils seraient, à notre avis, considérables. C'est en effet le seul moyen de donner à la publicité des sociétés son maximum d'extension et d'efficacité.

On pourrait publier, comme en Angleterre, les hypothèques grevant les immeubles sociaux, le montant des obligations, leur mode de remboursement, etc... En un mot, dans ce bureau, chaque société aurait son dossier où à tout moment de son existence, sa situation juridique exacte serait à la disposition de tout intéressé.

Un tel système permettrait au législateur de porter toute son attention sur la responsabilité des fondateurs qui pourrait devenir d'autant plus sévère et efficace qu'elle ne sanctionnerait que des

fautes réelles et que ceux-ci n'auraient à réparer que le préjudice résultant directement de leur faute. Nous arriverions ainsi à une législation assez voisine de la législation anglaise, mais une telle idée n'a rien qui puisse nous effrayer dans une matière d'ordre essentiellement pratique, car les Anglais sont avant tout d'incomparables hommes d'affaires. Nous ne croyons pas qu'il y ait ici antagonisme entre leur théorie et nos mœurs, nos habitudes ; d'autre part le changement ne serait pas aussi considérable qu'on le suppose peut-être. C'est surtout une question d'organisation. Aucune condition de fond ne serait modifiée ; et le bureau du *Registrar* rendrait d'immenses services pour la centralisation de tous les documents relatifs aux sociétés.

VU :	VU :
<i>Le Doyen,</i>	<i>Le Président,</i>
CH. LYON-CAEN.	E. THALLER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- ANSON : Principles of the English law of contract.
- ARTHUYS : Traité des Sociétés commerciales, Paris 1906.
- AUBRY ET RAU : Cours de droit civil.
- BAILEY : Sociétés anglaises limited.
- BAUGAS : *Réforme de la loi sur les Sociétés*. Réforme sociale du 1^{er} mars 1907.
- A. BAYART : Le Prospectus et son rôle dans la législation anglaise des Sociétés par actions, Paris, 1903.
- BÉCANE : Questions de droit commercial 2^e édition, 1853.
- V. BÉRARD : L'Angleterre et l'Impérialisme.
- BEUDANT : *Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867*. — Revue critique, tome XXXI.
- *De la constitution des Sociétés par actions d'après la loi de 1867*. — Revue critique, tome XXXVI.
- Le Droit individuel et l'Etat.
- H.-B. BUCKLEY : Law et practice under the Companies Acts. — 6^e et 8^e éditions.
- L. CELLERIER : Etude sur les Sociétés anonymes en France et dans les pays voisins, 1905.
- DEIANGLE : Des Sociétés.
- DESTRUEIS : Traité pratique de législation anglaise sur les Sociétés anonymes limited, 1896.
- HOUPIN : Traité général des Sociétés civiles et commerciales. Larose et Tenin, édit., 1901.

- JOUSSE : Commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673-1828.
- LE HOC : La Société anonyme en France et en terre. Imprimerie Valin, à Caen, 1906.
- LESCŒUR : Essai historique et critique sur la législation des Sociétés commerciales en France et à l'étranger, 1877.
- LOCRÉ : Esprit du Code de commerce.
- LYON-CAEN ET RENAULT : Traité de droit commercial, tome II.
- E. MANSON : A practical guide to Company law.
- MOURET : Responsabilité des fondateurs et administrateurs de Sociétés anonymes, 1907.
- PALMER : Company law, 1902.
- PERCEROU : Des fondateurs de Sociétés anonymes, Dijon, 1896.
- PLANIOL : Traité de droit civil.
- POTHIER : Œuvres, édition Dupin, tome III.
- POTTIER : Des émissions et introductions financières, 1907.
- REID : New Company act, 1900. London, 1900, chez Gee et Co.
- Reports from the select committee on limited liability Acts, 1867, 1877, 1890.
- Report of the departmental committee, 1894.
- Reports from the select committee of the House of Lords, 1896, 1897, 1898, 1899
- Report of the company law amendment committee, 1906.
- R. ROUSSEAU : Des Sociétés commerciales françaises et étrangères.
- RUBAT DU MÉRAC : Des délits relatifs aux Sociétés par actions.
- SALEILLES : *Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite*, annales de droit commercial, 1895 et 1897.

TRIPPIER : Commentaire de la loi de 1856 sur les commandites par actions.

— Commentaire de la loi du 24 juillet 1867.

TROPLONG : Droit civil.

THALLER : *Réforme de la loi sur les Sociétés*: Journal des Sociétés, 1884, 1885 et 1886. — Revue politique et parlementaire, tome xxxv.

— Traité de droit commercial.

VAVASSEUR : Projet de loi sur les Sociétés. — Revue pratique, tome xx.

VIROLET (Léon) : Nouvelle législation anglaise sur les Sociétés par action, 1908.

WOŁOWSKI : Des Sociétés par actions, 1838.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	I
II. — Les règles générales des nullités en matière de contrats.	13
III. — Historique des règles constitutives des Sociétés Anonymes françaises. . .	21
IV. — Les nullités dans la Loi de 1867 . .	43
V. — Le système anglais.	77
VI. — Conclusion.	123
BIBLIOGRAPHIE.	143

